

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 33 – Numéro 1-2

Année : 2002-2003

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12309>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12309>

Page vide laissée intentionnellement.

LES TRANSFORMATIONS SOCIALES ET LA THÉORIE NORMATIVE DU DROIT	1
Par André LACROIX Louise LALONDE George A LEGAULT	
L'EFFICIENCE DE LA GOUVERNANCE PAR LE DROIT. POUR UNE PROCÉDURALISATION CONTEXTUELLE DU DROIT	13
Par Jacques LENOBLE	
LE NORMATIF ET LE DESCRIPTIF EN THÉORIE DU DROIT	69
Par Luc B. TREMBLAY	
LA MÉDIATION, UNE APPROCHE « INTERNORMATIVE » DES DIFFÉRENDS? ANALYSE COMPARATIVE DES APPROCHES DE G.A. LEGAULT ET DE R.A. MACDONALD.....	97
Par Louise LALONDE	
L'HYPOTHÈSE DU PLURALISME JURIDIQUE DANS LES SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES AVANCÉES.....	133
Par Roderick A. MACDONALD	
LA MÉDIATION ET L'ÉTHIQUE APPLIQUÉE EN RÉPONSE AUX LIMITES DU DROIT.....	153
Par Georges A. LEGAULT	
L'ÉTHIQUE ET LES LIMITES DU DROIT	195
Par André LACROIX	
L'APPLICATION JUDICIAIRE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DES PERSONNES DONT L'ÉTAT MENTAL PRÉSENTE UN DANGER POUR ELLES-MÊMES OU POUR AUTRUI : POUR UN PLUS GRAND RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX.....	219
Par Judith LAUZON	
L'INADÉQUATION ENTRE LE DROIT ET L'HISTOIRE.....	317
Par André ÉMOND	
ÊTRE DILIGENT EN MATIÈRE DE NÉGLIGENCE : UNE NÉCESSITÉ POUR NOTRE DROIT ..	377
Par Renée JOYAL	
THE EUROPEAN UNION AND ITS CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT	399
Par Nicolaos STRAPATSAS	
Notes bibliographiques	
« DISCRIMINATION ET OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT EN MILIEU DE TRAVAIL SYNDIQUÉ ».....	427
Par Pierre BLACHE	

« L'ASSOCIATION DU CONTRÔLE À LA LIBERTÉ? ».....	433
Par Sébastien LEBEL-GRENIER	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES TRANSFORMATIONS SOCIALES ET LA THÉORIE NORMATIVE DU DROIT

Auteur(s) : André LACROIX, Louise LALONDE, George A. LEGAULT

Revue : *RDUS*, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 1-11

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12296>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12296>

Page vide laissée intentionnellement.

LES TRANSFORMATIONS SOCIALES ET LA THÉORIE NORMATIVE DU DROIT

par André LACROIX*
Louise LALONDE**
George A. LEGAULT***

SOMMAIRE

1.	Un bref et incomplet constat sociologique	3
2.	L'adoption des chartes	5
3.	Les nouvelles formes de règlement des différends	6
4.	Une nouvelle théorie normative entre droit et morale	8
5.	Une nouvelle théorie normative interne au droit	8
6.	Conclusion et présentation des contributions	9

*. Professeur à la Faculté de théologie, éthique et philosophie de l'Université de Sherbrooke.
**. Professeure et directrice des Programmes de 2^e cycle de prévention et règlement des différends à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
***. Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke.

Comme toute production sociale, le droit se transforme au gré des changements technologiques, économiques, culturels et sociaux. Or, à l'aube du XXI^e siècle, cette transformation du droit s'avère toute particulière en ce qu'elle semble révéler les limites du droit comme mode privilégié et monolithique de régulation de nos sociétés. De fait, alors que le droit semblait pouvoir faire l'économie des autres formes de normativités sociales et reléguer aux oubliettes les théories normatives morales du droit par l'adhésion à la théorie positiviste, l'éthique et la morale reviennent poser nombre d'interrogations au droit et à sa transformation. Leurs discours infiltrent le droit et s'y intègrent de plus en plus. Le droit traduit ainsi des valeurs dont il s'était pourtant dissocié. Les enjeux de ce phénomène sont majeurs puisqu'ils posent le questionnement de la nécessité d'une transformation des théories normatives du droit et révèlent ses insuffisances à réguler nos sociétés.

Ainsi, dans ce contexte des transformations du droit et autour de cette thématique spécifique des enjeux des théories normatives du droit, des chercheurs et chercheuses se sont réunis lors d'un colloque interdisciplinaire organisé dans le cadre de l'ACFAS en mai 2001. Afin de mieux situer les diverses problématiques d'arrière-plan qui soutiennent leurs réflexions, elles seront regroupées autour des thèmes suivants : 1) un bref et incomplet constat sociologique; 2) l'adoption des chartes; 3) les nouvelles formes de règlement des différends; 4) une nouvelle théorie normative entre morale et droit et 5) une nouvelle théorie normative interne au droit.

1. Un bref et incomplet constat sociologique

Les cinquante dernières années ont été sans conteste riches en événements majeurs sur le plan social : avancées scientifiques spectaculaires en médecine et en biologie, constats liés aux atrocités de la guerre et mouvements de décolonisation, pour ne nommer que quelques-uns des phénomènes les plus marquants. Plus encore, les deux dernières décennies ont été tout particulièrement déterminantes par la montée des individualismes et des demandes identitaires de toutes sortes sur le plan social. Parallèlement, les récentes percées dans le domaine de la génétique ont tout simplement changé la donne dans le milieu scientifique et dans son image sociale. Beaucoup plus que dans leur valeur symbolique, ces événements ont suscité des interrogations dans la population qui a progressivement pris conscience des dérives possibles.

Ces inquiétudes ont mené les citoyens à réclamer de nouvelles garanties quant à leurs droits ou à la reconnaissance de nouveaux droits puis, les autorités civiles ont alors été confrontées aux limites de leurs pouvoirs politiques¹ et à la montée de ce que certains nomment «un nouvel esprit social»².

En réponse à ces revendications, les institutions et les États ont pris le parti de générer de plus en plus de nouvelles normes (lois, réglementations et directives), afin de réguler la vie en société et d'encadrer les nouvelles pratiques scientifiques et sociales. Cette imposante production normative a incité de plus en plus de citoyens à recourir aux tribunaux et à diverses instances décisionnelles administratives (tribunaux administratifs, comités décisionnels au sein des institutions) afin de régler leurs différends et d'ainsi obtenir la reconnaissance de ces nouveaux droits. Face à cette situation, de nouvelles formes d'arbitrage des litiges et de nouveaux cadres de résolution des différends ont émergé afin d'offrir des réponses à ces demandes croissantes et d'ainsi donner le maximum de latitude aux parties pour solutionner elles-mêmes les différends. Par ailleurs, le droit a été de plus en plus mis à contribution pour solutionner non seulement des problèmes juridiques, mais aussi des conflits liés à des questions de morale publique et d'éthique, comme en témoignent entre autres au Canada les affaires *Latimer*³ et *Sue Rodriguez*⁴.

Ces importants bouleversements sociaux créent un malaise dans le milieu juridique, et ce faisant, ceux et celles qui s'interrogent sur la notion d'efficacité du droit et sur sa finalité deviennent de plus en plus nombreux. Ces interrogations illustrent que le droit semble, sinon dans une impasse, à tout le

-
1. La montée actuelle du phénomène de la mondialisation illustre d'ailleurs très bien cette limite du pouvoir politique lié aux habituelles catégories normatives incarnées par l'État nation et les citoyens, pour ne nommer que celles-là. L'effritement des souverainetés étatiques découlant de ce phénomène en est une conséquence majeure. Sur la question des rapports entre l'État de droit et la mondialisation, dans la perspective des nouveaux modes de gestion des différends, voir : L. Lalonde, «État de droit et modes privés de gestion des différends» dans D. Mockle, dir., *Mondialisation et État de droit*, coll. «Mondialisation et droit international», Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p. 291.
 2. L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999; K. Polanyi, *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983.
 3. *R. c. Latimer* [2001] 1 R.C.S. 3.
 4. *Rodriguez c. Procureur Général de la Colombie-Britannique* [1993] 3 R.C.S. 519.

moins à la croisée des chemins : entre l' inflation de normes qui ne semble aucunement régler les diverses problématiques contemporaines et l'émergence de systèmes parallèles dont l'efficacité et la finalité peuvent et doivent être remises en cause. Dans les deux cas, de nouvelles conceptions du droit et de son rôle, sinon de nouvelles manière de l'interpréter pourront offrir une clé. Dans ce contexte, une nouvelle théorie normative du droit ou une nouvelle conception de la fonction de juger s'imposent, comme le pressentent des travaux récents sur ce sujet. Ce besoin découle aussi de l'adoption des chartes des droits qui ont confié un nouveau rôle aux juges et de nouvelles fonctions aux cours de justice. Plus largement, ce besoin s'infère du pluralisme social⁵ et de la manière dont nos démocraties définissent la structure de base de la société, pour paraphraser les termes de John Rawls⁶. Ainsi, nous sommes amenés à penser la refonte du droit à l'extérieur de son cadre normatif actuel afin de prendre en compte les nouvelles morales individuelles ou à penser cette refonte à l'intérieur de son cadre actuel en prenant en compte la nouvelle pluralité de normes.

2. L'adoption des chartes

L'adoption de chartes des droits par un grand nombre d'États occidentaux depuis le début des années 1970 et, plus près de nous, l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, ont radicalement transformé la «fonction de juger» assumée par les magistrats, surtout ceux des cours supérieures. Le «nouveau» pouvoir des juges fait en effet l'objet de nombreuses interrogations et critiques puisqu'il suppose que le juge doit, par le libellé de la loi, de plus en plus souvent interpréter non pas la loi, mais un ensemble de valeurs sociales à la lumière d'une loi qui a d'abord pour fonction de baliser les échanges entre citoyens. Cette difficulté a posé à plusieurs la question de la signification de cette transformation du «pouvoir des juges» vis-à-vis de notre conception du droit et de notre manière de prétendre résoudre les problèmes juridiques.

Traditionnellement, la référence au concept de la règle de droit (*rule of law*) comme théorie normative s'opposait au «gouvernement par des

5. C. Mouffe, dir., *Dimensions of Radical Democracy : Pluralism, Citizenship, Community*, Londres, Verso, 1992.

6. J. Rawls, *Theory of Justice*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1971.

hommes» (*rule of men*). Selon cette conception, la règle de droit devait permettre au gouvernement de justifier rationnellement ses décisions et ses actions, la rationalité étant évidemment associée au respect du cadre juridique. Cette vision du droit est essentiellement issue d'une approche positiviste⁷ qui restreint le pouvoir d'énonciation des lois à l'État et qui laisse aux juges le soin d'interpréter cette production normative. Si une telle conceptualisation peut habituellement prétendre rendre compte de l'ensemble de la production normative au sein d'un État et justifier une certaine manière de faire, il est moins certain qu'elle puisse à terme rendre compte de l'ensemble des valeurs sous-tendues par cette production légale, d'autant que ces valeurs apparaissent de moins en moins homogènes. Ainsi, la question demeure récurrente, sinon persistante : la théorie générale du droit portée par le positivisme juridique de type kelsenien peut-elle encore rendre compte des transformations actuelles de la fonction de juger? Sinon, quelle théorie normative du droit la «nouvelle» fonction de juger incarne-t-elle ou quelle théorie normative du droit pourrait prétendre incarner cette manière de faire? Voilà une première question qui émerge notamment de l'adoption de la kyrielle de chartes depuis le milieu du siècle.

3. Les nouvelles formes de règlement des différends

Outre les transformations normatives issues des chartes, l'émergence des modes de règlement (non judiciaires) des différends dans de nombreux champs des pratiques sociales suscite plusieurs interrogations en regard de la transformation du droit, mais plus largement encore, en regard de la transformation des modes de régulation sociale.

Comme le précisait madame Linda Goupil, alors ministre de la Justice, lors d'une communication au Congrès du Barreau du Québec de 2000, «[...] l'avènement de la conciliation facultative à la Cour d'appel du Québec ainsi que les modifications du *Code de procédure civile* visent à adapter le droit aux nouvelles réalités sociales»⁸. Or, dans quelle mesure les nouveaux modes de

7. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Henri Thévenez, Neuchâtel, La Baconnière, 1953.

8. L. Goupil, «Allocution au Congrès du Barreau du Québec» (2000) 32 R. du B. 12 à la p. 3.

règlement des différends modifient-ils la conception de la justice issue de notre droit et à quelles nouvelles réalités sociales répondent-ils? En 1999, la Commission du droit du Canada faisait remarquer que les limites du droit pénal et du droit civil sur le plan de la réponse aux conflits ont été étudiées d'une manière approfondie par les juristes et les commentateurs, particulièrement dans le cas du droit pénal au cours des dernières décennies. Par ailleurs, très peu d'efforts ont été déployés pour repenser la théorie et la pratique de la justice sur lesquelles ces autres solutions devraient être fondées ou pour évaluer dans quelle mesure ces remises en question témoignent de transformations sociales d'une nature plus globale⁹.

Il devient opportun de nous demander quels rapports les modes de règlement des différends entretiennent avec le droit formel : peut-on valablement soutenir qu'ils proposent une approche «alternative», complémentaire ou simplement un processus différent d'appréhension des litiges, tels qu'ils sont traduits par le droit? La finalité des modes de règlement des différends les place-t-elle dans une perspective morale, éthique ou autorise-t-elle tout simplement une appréhension des conflits qui redéfinit les normativités inhérentes au conflit en élargissant le spectre d'appréhension de ces normativités, lequel est restreint dans les modes conventionnels (judiciaires) à la seule normativité juridique? Et au-delà de ces interrogations sur les transformations du droit, sommes-nous face à un nouveau mode de régulation sociale qui permet l'adaptation au pluralisme social et autorise une légitimation consensuelle des normativités, laquelle pourra être individualiste ou collective selon les pratiques arrêtées par ces modes¹⁰? Peu importe les réponses données à ces questions, l'émergence des modes de règlement des différends est révélatrice de la crise du droit et de celle du judiciaire. Plus encore, elle traduit une crise profonde de nos institutions et de l'autorité au sein de nos sociétés démocratiques avancées.

9. Commission du droit du Canada, 1999, *De la justice réparatrice à la justice transformatrice* Document de discussion. Catalogue N° JL2-6/1999 ISBN 0-662-64363-1.

10. G.A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre «justice»?*, Sherbrooke, GGC Éditions/Université de Sherbrooke, Collection Essais et Conférences, 2001.

4. Une nouvelle théorie normative entre droit et morale

La transformation de la fonction de juger ainsi que le développement de nouveaux modes de règlement des différends soulèvent à leur manière une interrogation sur le sort de la théorie du droit, notamment celle issue du positivisme juridique, mais aussi sur l'élaboration et l'efficacité d'une nouvelle théorie normative en droit. L'analyse de ces phénomènes suscite, au plan sociologique, des interrogations sur le pluralisme normatif et son impact quant à l'élaboration d'une théorie normative du droit. Les travaux du professeur Guy Rocher sur le droit et l'éthique critiquent la vision du droit comme seul mode de régulation sociale¹¹. Le rapport entre «droit et morale» en tant que modes conflictuels ou complémentaires de régulation dans une société démocratique constitue un enjeu fondamental de la réflexion sur la «crise du droit». Le titre de l'ouvrage récent de Jean-Louis Génard, *Les dérèglements du droit : entre attentes sociales et impasses morales*¹², est d'ailleurs révélateur des enjeux posés par les rapports apparaissant entre la régulation juridique, la régulation morale et l'émergence de l'éthique appliquée dans les sociétés démocratiques avancées. À cet égard se pose la question de l'internormativité entre le droit, la morale et l'éthique, c'est-à-dire la manière dont les normes morales, juridiques et éthiques interagissent entre elles ou celle dont les différentes normativités juridiques reflètent ces niveaux d'action et d'interaction.

5. Une nouvelle théorie normative interne au droit

Il importe de saisir que le phénomène de l'internormativité discuté par un nombre croissant de juristes peut être compris de l'intérieur ou de l'extérieur du droit. Compris de l'intérieur, il réfère alors à un ensemble de normes juridiques interagissant entre elles à différents niveaux. Le travail du juriste consiste alors à interpréter ces normes au-delà de la seule hiérarchie législative et étatique. À l'inverse, lorsque ce phénomène de l'internormativité est analysé de l'extérieur du seul cadre juridique, embrassant les structures sociales et institutionnelles, nous parlerons de «pluralisme juridique». Les travaux de

11. G. Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996.

12. J.-L. Génard, *Les dérèglements du droit : entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Labor, 2000.

l'équipe de recherche dirigée par la professeure Andrée Lajoie vont dans ce sens. Le questionnement sur l'émergence des normes et les conceptualisations du droit qui le sous-tendent, de même que les théorisations alternatives à l'anti-positivisme qu'il présuppose, constituent l'axe unificateur de la démarche de l'équipe¹³. Comme le démontrent les critiques et discussions entourant ces travaux, notamment celles auxquelles prennent part les professeurs Belley¹⁴ et Lenoble¹⁵, le «pluralisme juridique» soit fait appel aux sciences sociales, et de ce fait, réduit la théorie du droit aux sources matérielles, soit constitue une nouvelle théorie «non normative» du droit, soit suscite l'élaboration d'une nouvelle théorie normative du droit¹⁶. La question de la «théorie normative du droit» se pose alors à la lumière de la matrice des sciences sociales et de leur interprétation des phénomènes sociaux.

6. Conclusion et présentation des contributions

De ce rapide survol des problématiques, il ressort clairement que le contexte social actuel oblige les théoriciens et les praticiens du droit à revoir leurs pratiques sur le terrain tout en questionnant les fondements mêmes de l'édifice juridique. Dans le premier cas, les nouvelles approches comme celles développées au sein des programmes de règlements des différends poussent le droit à revoir ses pratiques et finalité, tandis que l'adoption des chartes transforme la manière dont les juges sont appelés à interpréter et «créer» les lois avec de nouveaux pouvoirs que nos démocraties leur reconnaissent. Ces transformations nous obligent à questionner le cadre théorique des pratiques juridiques et judiciaires. Mais peu importe l'angle sous lequel le problème est entrevu, il semble que nous soyons forcés de remettre en question les actuelles théories normatives du droit soit pour les redéfinir, soit pour en forger de nouvelles qui seraient plus à même de rendre compte de ce que nous devons désormais entendre par le concept «droit».

13. A. Lajoie *et al.*, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Thémis, 1998.

14. J.-G. Belley, «Les sociologies, les juristes et la sociologie du droit», 1983, *Recherches sociographiques*, vol. 24, aux pp. 263-282.

15. P. Coppens et J. Lenoble, dir., *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

16. R.-A. Macdonald, «Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism» (1998) 15 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 19.

Les textes regroupés dans le présent numéro ont donc pour objectif de tenter une contribution au débat lié aux théories normatives du droit et espère ainsi rompre avec l'idée que le droit, tel que défini traditionnellement, apporte réponse à cette difficile question de la capacité des théories normatives à répondre aux nouvelles demandes sociales. Luc Tremblay insiste sur les limites de la théorie positiviste et son besoin de fonder son propre cadre théorique sur une certaine conception du droit. Le droit ne serait donc pas exempt de toutes valeurs et incarnerait, selon Tremblay, le cadre normatif de nos sociétés. Quant à eux, Rod Macdonald et Jacques Lenoble proposent de nouveaux cadres théoriques mieux à même de rendre compte des insuffisances actuelles du droit et reformulent la tâche des juristes à l'intérieur d'un cadre épistémologique plus acceptable et plus proche des exigences sociales. Pour leur part, Georges A. Legault et André Lacroix attirent notre attention sur les difficultés qu'aura le droit à prétendre répondre à ces nouveaux enjeux sociaux. Ils proposent de prendre acte de cette limite et de chercher des solutions au sein de nouvelles approches comme celles qu'ont développées les éthiciens et moralistes au cours de la dernière partie du vingtième siècle.

Louise Lalonde présente une brève analyse comparative interdisciplinaire des notions de «pluralisme» développées par Macdonald et Legault afin d'en faire ressortir les lieux de convergence en regard des insuffisances de la théorie normative du droit. Plus particulièrement, l'auteure attire notre attention sur le fait que les terminologies retenues par ces auteurs, «le pluralisme normatif» de Legault et le «pluralisme juridique» de Macdonald, mettent en perspective leur conception respective du droit dans l'extension ou la réduction de son champ d'application comme mode de régulation sociale. Par-delà cette divergence toutefois, elle pose que tous deux reconnaissent la transformation du droit et cherchent à élargir la prise en compte des normativités inhérentes aux conflits.

À la lumière des travaux de ces chercheurs et chercheuses, et à la suite de la critique du positivisme juridique par les sciences sociales, notamment l'anthropologie et la sociologie, il semble que nous devons nous demander si nous pouvons encore parler d'une «théorie normative» du droit. En effet, dans quelle mesure les transformations du droit découlant de celles de la fonction de juger et de l'émergence de nouveaux modes de règlement des différends

modifient-elles la théorie du droit ou suscitent-elles l'élaboration d'une nouvelle théorie générale du droit (normative ou non normative)? C'est ce à quoi les auteurs dont nous avons réuni les textes tentent de répondre, mais leur contribution vise d'abord à alimenter le débat qui se doit d'être fait dans nos sociétés.

André Lacroix, Louise Lalonde et Georges A. Legault, professeure et professeurs à l'Université de Sherbrooke et organisatrice et organisateurs du colloque.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'EFFICIENCE DE LA GOUVERNANCE PAR LE DROIT :
pour une procéduralisation contextuelle du droit

Auteur(s) : Jacques LENOBLE

Revue : RDUS, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 13-67

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12297>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12297>

Page vide laissée intentionnellement.

L'EFFICIENCE DE LA GOUVERNANCE PAR LE DROIT

Pour une procéduralisation contextuelle du droit*

par Jacques LENOBLE**

SOMMAIRE

I.	État de la question	15
II.	Crise de la régulation et théorie du droit	22
III.	Crise contemporaine de la gouvernance démocratique et nouvelles approches de la théorie de la norme	27
§1.	La procéduralisation conventionnaliste du droit : la «group interest politics» et la transformation du droit dans les années 60 et 70	30
§2.	Vers une approche réflexive de la procéduralisation : la perspective issue de la théorie économique de l'efficacité et celle de la théorie délibérative de la démocratie	33
1.	Critique du procéduralisme conventionnaliste de la «group interest politics» et théorie économique	34
2.	Critique du procéduralisme conventionnaliste de la «group interest politics» et théorie de la démocratie délibérative	48
IV-	Vers un dépassement de ces approches procédurales de la théorie de la norme : vers une procéduralisation contextuelle du droit et de la gouvernance démocratique	52
§1	La portée de l'hypothèse	53
§2	Quelques concepts de base	59
§3	Quelques conséquences : retour sur la théorie de la gouvernance et les dispositifs réglementaires	62

*. Veuillez noter qu'une version différente du texte de J. Lenoble a été publiée dans la RCDS/CJLS vol. 17 no 1, 2002 aux pp. 1-37.

**, Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, directeur du centre de philosophie du droit.

I. État de la question

L'action menée, ces dernières années, par les experts internationaux auprès des sociétés d'Europe centrale et d'Europe de l'Est repose souvent sur l'idée que la transformation de ces sociétés en régimes de démocratie libérale et d'économie de marché s'effectuera par l'adoption des règles et mécanismes juridiques définissant le cadre formel propre à ces régimes. A la base d'une telle politique se trouve la croyance que la règle, dans sa toute-puissance formelle, assure par elle-même la transformation du contexte social qu'elle entend régir. Tout est supposé se passer comme si la logique présidant à l'effectuation de la règle était identique à celle de sa justification et de son adoption formelle. Or, comme semblent l'attester aujourd'hui les résultats effectifs sur lesquels débouche cette politique¹, la logique qui préside à l'effectuation d'une règle, et donc celle qui régit la manière dont s'opère la transformation effective des contextes sociaux est bien plus complexe que ne le suggère l'approche formaliste adoptée par les experts.

Cette manière d'aborder la question de la gouvernance suppose, à l'instar des conceptions dominantes en matière de coopération internationale, que le dispositif réglementaire, dans les démocraties libérales, se ramène à un ensemble de dispositifs formels définissables a priori en fonction des exigences rationnelles déduites de la définition d'une société libérale d'économie de marché. L'efficience des dispositifs réglementaires commandés par l'instauration d'une économie de marché et, au-delà, par l'instauration d'une démocratie libérale, serait ainsi détachée de la spécificité des contextes locaux. L'incorporation des fins serait indépendante de la spécificité des contextes locaux et serait garantie par la seule rationalité formelle des appareils normatifs mis en place comme dispositifs réglementaires. En ce sens, la régulation exigée par

1. D'autres exemples, tout aussi significatifs, auraient pû être pris. Pensons à l'inefficience de nombreuses «interventions d'humanité» qui, souvent, malgré la légitimité de leurs objectifs, s'avèrent inefficaces à en assurer la réalisation effective dans les contextes locaux. Mais, de manière plus large, comme nous le verrons, c'est le même type d'analyse qui est au cœur des questions de gouvernance qui se posent aujourd'hui, par exemple, dans le champs de la négociation internationale des régimes internationaux en matière environnementale ou, encore, dans celui de la réforme de nos institutions européennes ou, enfin, dans le cadre plus habituel de la régulation (plus efficiente ou plus légitime) de nos politiques publiques au sein d'États sociaux en voie de réorganisation.

une démocratie libérale et une économie de marché serait réductible à un certain nombre de techniques formellement identifiables a priori. Ces techniques seraient susceptibles d'être transposées dans quelque contexte que ce soit et leur application indifférenciée garantirait, par elle-même, l'instauration effective des formes de vie conformes au modèle formel de cette forme de société.

On perçoit aisément comment cette approche – que nous qualifierons de formaliste - de la régulation en régime de démocratie libérale conforte l'idée que les droits des démocraties américaines ou européennes constitueraient par eux-mêmes des modèles, incarnant ces techniques régulatrices conditionnant l'instauration automatique et effective d'une démocratie libérale à économie de marché.

Une meilleure attention à la dynamique de ces démocraties oblige cependant à remettre en question cette représentation. Cette dynamique montre au contraire une succession de tentatives destinées à réorganiser les dispositifs régulateurs en vue d'en assurer une plus grande efficacité. La signification de cette dynamique est la recherche permanente d'une approche plus «rationnelle», en termes de légitimité et d'efficacité, de la gouvernance démocratique. Depuis les années soixante, principalement aux USA, s'est ouverte une «crise» des appareils régulateurs qui s'est en même temps traduite, dans les sciences sociales et la philosophie, par une intense activité de remise en cause de la théorie de la gouvernance en démocratie libérale. L'observation des systèmes démocratiques occidentaux ne fournit donc pas une réponse assurée concernant la «formule» institutionnelle garantissant une régulation efficace. Au contraire, l'histoire est riche des insuffisances des réponses traditionnelles et d'une intense réflexion théorique et pratique sur les moyens de les pallier. Bien plus, elle traduit aujourd'hui une transformation significative de nos modes de régulation juridique qui relance, d'ailleurs, la question de nos représentations théoriques du droit et de la gouvernance démocratique.

Ceci explique la démarche qui sera la nôtre dans le présent article. Un double objectif la guide. Il s'agit tout d'abord de retracer la dynamique des divers modèles de régulation que se sont données les démocraties libérales depuis leur instauration à la fin du XVIII^e siècle. Cette reconstruction, bien connue, sera esquissée et ramenée à ses traits les plus essentiels. Nous nous

concentrerons plus spécifiquement sur la «crise contemporaine» qui affecte, depuis bientôt plus de trente ans, les modes de gouvernance démocratiques. En second lieu, cette reconstruction sera adossée à un point de vue plus théorique et plus normatif. Notre propos vise en effet, par-delà cette description, à présenter une approche théorique des interventions régulatrices en démocratie libérale. De ce point de vue, l'appui que nous prendrons sur les débats qui se déroulent aux USA depuis la fin des années cinquante. En liaison avec la «crise» des modèles d'organisation démocratique se déroule, en effet, aujourd'hui, au sein des sociétés occidentales, un intense débat scientifique visant à redéfinir une approche théoriquement plus correcte des exigences d'une gouvernance légitime et efficiente en économie de marché. Ce débat traverse divers champs disciplinaires, de l'économie au droit en passant par la philosophie, la sociologie et la science politique. Il fait aujourd'hui apparaître diverses théories nouvelles. Comprendre comment les démocraties libérales envisagent aujourd'hui la question de leur régulation suppose de connaître les diverses positions théoriques en présence. Notre propos visera aussi à présenter notre propre approche théorique de la régulation démocratique que nous qualifions de «procéduralisation contextuelle du droit».

Afin de permettre une meilleure compréhension de notre démarche et de la spécificité de notre hypothèse, il est utile de commencer par dessiner la portée de cette crise contemporaine de la régulation démocratique, en précisant le cadre général des solutions en présence et le déplacement que nous suggérons par rapport à ce cadre. Sur cette base, il sera plus aisé de présenter de façon plus détaillée la dynamique de ce débat contemporain.

Sous différentes formes s'atteste aujourd'hui une transformation profonde de nos démocraties occidentales. Sans doute, ces transformations traduisent-elles une insuffisance de nos formes traditionnelles d'organisation sociale. Ces transformations, qui se cherchent toujours, n'arrêtent évidemment pas de susciter des débats sur l'orientation qu'il faudrait leur imposer pour assurer le respect «effectif» des exigences démocratiques. La question de la gouvernance, de son efficience et du respect effectif des objectifs qui lui sont

assignés au nom de la démocratie est progressivement devenue, ces dernières années, l'enjeu majeur de nos débats sociaux².

Face à cette situation, un double constat s'impose. Tout d'abord, les sciences sociales ont fourni deux réponses antinomiques à la question de la gouvernance des sociétés démocratiques. Ensuite, quoique les transformations concernant au premier chef le droit (mise en cause de la séparation traditionnelle des pouvoirs par l'accroissement du rôle du juge, recours au droit comme instrument de transformation sociale en vue du respect des droits fondamentaux), la théorie du droit, du moins dans sa version européenne, est restée étrangement silencieuse et peu productive pour répondre à ces défis. Nous reviendrons ultérieurement sur cette seconde constatation.

Deux réponses antinomiques se trouvent aujourd'hui proposées par la philosophie et les sciences sociales : soit une réponse en termes d'efficience, soit une réponse en termes d'éthique procédurale. Selon la première, l'amélioration de nos dispositifs réglementaires démocratiques passe par une meilleure attention aux conditions devant assurer un résultat efficace (défini en termes d'optimum parétien) de l'action publique. Cette efficacité serait à comprendre au départ de la théorie de l'action rationnelle et à mesurer à l'aide des instruments que ses développements ont récemment permis d'affiner (analyse coût-bénéfice, théorie des contrats incitatifs...). Selon la seconde, l'État social devrait être transformé en une démocratie plus délibérative et participative. Quelles que soient les réformes à mener au nom de l'efficience, tant l'action administrative et celle du marché doivent rester fondamentalement soumises aux contraintes juridiques. Celles-ci sont sensées incarner les limites imposées au nom de principes éthiques que la discussion publique a pour mission de dégager. C'est dès lors sur

-
2. Qu'il s'agisse, ainsi qu'on le verra ci-dessous, du débat lancé aux USA dès les années cinquante sur la transformation de nos États régulateurs, du débat sur la gouvernance européenne (amélioration des institutions européennes par une efficacité croissante de leurs interventions réglementaires *versus* leur amélioration par la rencontre de leur déficit démocratique et le développement d'une démocratie européenne participative) ou encore des débats actuels sur la transformation des formes de coopération internationale qu'appelle le respect dû aux droits fondamentaux sur un plan international (débat en droit international de l'environnement, intervention humanitaire), se trouve, aujourd'hui, mobilisée une réflexion sur l'amélioration de nos dispositifs de gouvernance au plan national, au plan européen ou au plan international.

un autre plan que notre démocratie traduirait une insuffisance «régulatoire», à savoir celui des dispositifs devant permettre une véritable discussion au sein de l'opinion publique, c'est-à-dire une formation discursive de la volonté générale dans le respect des exigences d'une éthique procédurale post-conventionnelle. La théorie de la loi et de la séparation des pouvoirs, telle que l'a conçue la démocratie représentative et la théorie républicaine de l'État, n'est donc pas erronée. Elle serait simplement à améliorer par les dispositifs d'une démocratie participative «repensée» que nous permet de construire la définition procédurale de l'humanisme juridique.

Une antithèse permet ainsi de résumer le débat contemporain sur la gouvernance : d'un côté, une position d'internalisation des conditions de l'équilibre social aux règles du marché selon le schéma du choix rationnel; de l'autre côté, une position régulationniste soucieuse d'assurer une plus grande efficacité de l'intervention publique dans la traduction des principes éthiques garantissant la représentation effective de tous les concernés.

C'est l'intuition de l'insuffisance commune de ces deux solutions contemporaines que notre recherche entend reconstruire et étayer. Notre hypothèse est, en effet, que ces deux solutions partagent, par-delà leur apparente opposition, un même présupposé qui explique leur insuffisance parallèle. Et cette insuffisance est aujourd'hui d'autant plus importante à mettre en lumière que la critique économique de la gouvernance en termes d'efficacité contient une vérité que l'approche «morale» en termes de droits fondamentaux et de contraintes éthiques, si fréquemment opposée aujourd'hui à l'économisme dominant, ne parvient pas à intégrer.

Notre démarche consistera à proposer un déplacement dans la manière de poser la question de la régulation. Il s'agit, selon nous, de poser le problème en d'autres termes pour intégrer cette double vérité que l'intuition de sens commun semble déjà percevoir, à défaut de bien la construire théoriquement. Sans doute, l'approche en termes d'efficacité risque-t-elle de ne pas intégrer l'exigence qui doit la conditionner. Mais, parallèlement, les économistes n'ont-ils pas raison de porter l'attention sur les dispositifs qui conditionnent les conséquences effectives d'une action publique? L'accent mis sur l'inefficacité des dispositifs traditionnels de gouvernance tels qu'ils ont été pensés par l'approche «éthique» traditionnelle de la démocratie (une norme est légitime si

elle prend en compte les droits de tous les citoyens) ne met-il pas en lumière la faiblesse de cette approche «éthique» habituelle quant à la manière dont elle conçoit le «mode d'action de la norme» : comment comprendre cette opération par laquelle la société entend se réguler et agir sur elle-même à travers des normes qu'elle juge légitimes? Comment comprendre la manière dont ces normes vont s'effectuer? Quels sont les facteurs qui conditionnent les effets auxquels l'usage fait de la norme va conduire? Comment fonctionne donc le processus par lequel s'effectue l'action collective?

Toute conception de la démocratie et du droit présuppose une telle théorie de la norme. Ainsi, à la base de l'approche, traditionnelle et toujours dominante, de la démocratie en termes de droits fondamentaux, repose une certaine conception de la théorie de l'action: lorsque la société adopte un objectif (c'est-à-dire adopte une norme) jugé légitime, la question de son application, de son effectuation est considérée comme ne posant pas de problèmes fondamentaux. L'application est en quelque sorte considérée comme une démarche qui découle logiquement de la détermination de l'objectif à atteindre. La seule adoption de l'objectif fournit les «ressources» nécessaires à la réalisation effective du but poursuivi. La règle, dans sa toute puissance formelle, est supposée assurer par elle-même la transformation du contexte social qu'elle entend régir afin d'instituer la forme de vie exigée par son prescrit normatif. Tout est supposé se passer comme si la logique présidant à l'effectuation de la règle était identique à celle de sa justification et de son adoption formelle. Or, telle est notre hypothèse, la logique qui préside à l'effectuation d'une règle, et donc, celle qui régit la manière dont s'opère la transformation effective des contextes sociaux au départ d'un objectif poursuivi, est bien plus complexe que ne le suggère cette approche formaliste. En effet, une telle approche «intentionnaliste, mentaliste et schématisante» de l'opération d'application des normes sociales est trop réductrice et méconnaît la «logique» qui préside aux effets produits par l'usage fait d'une norme? N'est-ce pas, d'ailleurs, cette méconnaissance qui explique le constat d'inefficience de nos divers dispositifs de gouvernance à réaliser les objectifs «éthiques» que nos démocraties se fixent régulièrement à elles-mêmes? Cette inefficience n'oblige-t-elle pas à dépasser le seul accent mis par ces approches «éthiques» sur les qualités de «légitimité» des normes pour intégrer d'autres conditions plus

directement en rapport avec les processus qui conditionnent son application dans un contexte déterminé?

En ce sens, la critique contemporaine que les économistes font de nos dispositifs traditionnels de gouvernance est suggestive. Elle repose sur l'intuition de l'insuffisance des approches traditionnelles de la régulation démocratique en termes exclusivement éthiques. Le mouvement *Law and Economics* propose, en effet, un déplacement de notre approche de la gouvernance et de la régulation sociale. L'accent est moins mis par les économistes sur l'opération de justification de la norme que sur celle de son application et du respect des procédures aptes à assurer l'efficacité des objectifs poursuivis. Néanmoins, ce qu'il est important de relever, c'est que cette critique, si elle contient une grande part de vérité, repose en définitive sur une même théorie de l'action des normes que celle mobilisée par les approches «éthiques». En effet, pour l'économiste néoclassique contemporain, la détermination des «possibles effectifs» reste liée à un acte mental d'anticipation que l'expert économiste peut effectuer en fonction des préférences données. Une même approche mentaliste et schématisante (pour le dire en termes plus techniques, une approche de l'opération d'effectuation de l'action comme une opération schématisante et de subsumption) que celle mobilisée par la conception «morale» de la gouvernance est donc convoquée par ces théories économiques contemporaines de l'efficacité.

C'est cette représentation des processus d'effectuation de l'action et, donc, de la manière dont une norme s'opérationnalise et se traduit en conséquences effectives que nous voudrions mettre en cause. Notre approche en termes de procéduralisation contextuelle vise à remettre sur le métier ce présupposé fondamental des différentes approches actuelles de la gouvernance pour en fustiger l'erreur théorique de base et aider ainsi à leur dépassement synthétique. Comment faut-il construire l'opération cognitive qu'implique tout jugement normatif et qui couvre ainsi non seulement l'opération de détermination de l'objectif que l'on juge justifié (au plan individuel ou au plan collectif d'une règle de droit), mais aussi l'opération d'application (d'effectuation) qui présidera aux conséquences effectives finales résultant de l'usage fait de cette norme?

Seule une telle reconstruction de la théorie de l'action permet de rencontrer les impasses et les insuffisances respectives auxquelles semblent conduire les approches morales ou économistes des réformes proposées de nos dispositifs de gouvernance. De même, c'est seulement par ce biais que l'on peut ensuite aborder la question pratique de l'orientation nouvelle que devraient suivre nos dispositifs institutionnels.

II. Crise de la régulation et théorie du droit

Une remarque introductive qui concerne directement la question du droit s'impose. Une meilleure approche de la régulation démocratique implique non seulement une transformation des formes d'organisation sociale et juridique. Elle suppose aussi un déplacement par rapport au cadre traditionnel de la réflexion sur le droit, tel qu'il est classiquement construit dans la tradition européenne positiviste. Comme on l'a déjà noté, à la différence de ce qui se passe dans les autres sciences sociales, la théorie du droit³ est restée imperméable aux questions que pose la recherche de nouveaux modes régulatoires au sein des sociétés démocratiques occidentales depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

La théorie du droit dominante reste essentiellement fondée sur une approche positiviste qui met l'accent sur l'analyse logique des mécanismes formels et des notions essentielles au jeu de langage spécifique qui est celui du droit. Les questions traditionnellement abordées par les théoriciens du droit se distinguent donc tant des questions morales (recherche du droit idéal en fonction d'une exigence de justice) que des questions politiques (théorie de la démocratie). C'est en fonction des besoins pratiques des professionnels du droit qu'est habituellement justifiée⁴ l'autonomisation de la théorie du droit qui s'est accomplie dès le milieu du XIX^e siècle par rapport à la philosophie et à la sociologie du droit. Dès cette époque, le droit est posé comme un ensemble normatif que doivent appliquer les juristes professionnels, au premier rang desquels les juges siègent. Dans l'exercice de cette tâche, ils sont aidés par la

3. À l'exception du débat juridique américain ouvert en 1954 par l'arrêt Brown, cf. infra.

4. N. Bobbio, «Sur le positivisme juridique» dans *Mélanges en l'honneur Paul Roubier*, Paris, 1961 aux pp. 53-73.

théorie qui comprend essentiellement deux parties distinctes. La première, plus abstraite, décrit les mécanismes et notions valables, quel que soit le contenu substantiel propre à un ordre juridique déterminé. La seconde, dénommée dogmatique juridique, s'attache au contraire, à décrire le contenu substantiel d'un droit positif. La constitution de cette science, construite sur le modèle des sciences de la nature, correspond à une progressive professionnalisation de la formation des juristes. Cette approche a connu, dans la pensée occidentale, son relatif achèvement avec la théorie normativiste de H. Kelsen. Sans doute cette théorie est-elle l'objet de nombreuses controverses. Sans doute aussi, la théorie du droit s'est-elle nourrie des méthodes d'analyse de la philosophie du langage. Mais le normativisme kelsenien a fixé le cadre épistémologique et théorique au sein duquel les auteurs se déplacent sans le subvertir de façon essentielle.

Or, les questions posées aujourd'hui au droit ne trouvent plus dans ce cadre de réponse utile. Sans être totalement invalidée, cette approche ne semble pas répondre aux interrogations que pose l'évolution de nos pratiques. Sans approfondir les raisons épistémologiques de cette situation, signalons que l'on se heurte ici à la limite du double présumé sur lequel s'est constituée la théorie du droit positif après Hegel : distinction réductrice de l'être (raison théorique) et du devoir être (raison pratique), et distinction corrélative de la justification et de l'application. Ces deux distinctions sont liées à une théorie du jugement et de la norme oubliée des acquis de l'idéalisme allemand. Sans doute est-il clair que l'appartenance d'une règle particulière à un ordre juridique donné (question de la validité juridique) n'implique pas un jugement de valeur sur le bien-fondé de cette règle. Le débat épistémologique se situe à un autre niveau. Le programme positiviste omet le fait que l'effectuation d'un jugement engage toujours le choix d'une forme de vie (ou contexte) qui conditionne l'usage de cette règle⁵. Nous reviendrons plus loin sur cette critique. Contentons-nous de signaler les conséquences sociologiques de l'approche positiviste. Deux observations peuvent être formulées.

1. Tout d'abord, la question qui est aujourd'hui posée au droit dans les sociétés démocratiques est celle de la pertinence des modes traditionnels d'organisation. Que devrait être l'organisation institutionnelle de l'État pour

5. Sur ceci cf. *infra*, point IV, notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle.

assurer une régulation efficiente et légitime au regard des objectifs axiologiques imposés par sa nature démocratique et par les exigences relatives aux droits fondamentaux qui lui sont associés? Cette question avait déjà été posée dans les mêmes termes dès la fin du XIX^e siècle, tant en Europe qu'aux USA.

Rappelons tout d'abord les caractéristiques essentielles de la théorie classique du droit qui sert de base au premier modèle régulateur des démocraties libérales. La rationalité juridique se caractérise par la formalité⁶ et la positivité, par la professionnalisation des juristes et la systématisation interne du corpus juridique. De là découlent le principe de l'autonomie de la volonté et le fait que le juge est simplement l'organe d'application d'une règle. Le législateur lui-même - tel était le premier modèle du droit libéral - se contente de fournir à des sujets égaux un certain nombre d'instruments juridiques que chacun est supposé utiliser en fonction de ses intérêts personnels et de sa conception du bonheur. Ce modèle n'est que l'expression de la rationalité formelle du droit, qu'il structure en trois dimensions. D'abord, ce principe apparaît au cœur du libéralisme classique comme une limite de l'intervention de l'État : pour libérer la société civile du pouvoir politique, la doctrine libérale ouvre un large éventail de concepts permettant à tous les individus de poursuivre leur conception de la vie bonne et de s'engager dans des rapports contractuels libres les uns vis-à-vis des autres (la distinction entre privé et public s'articule avec celles du juste et du bien, de la société civile et de l'État, de la morale et du droit, de la justification et de l'application des lois, etc). Ensuite, le formalisme apparaît dans la théorie de la validité de la règle de droit, mise en œuvre dans la construction du *Rechtsstaat* allemand, de l'État républicain français ou de la démocratie américaine. Enfin, l'opération de juger est enclose dans les limites strictes de la distinction entre justifier et appliquer, qui est la clef de voûte de l'architecture de l'État démocratique libéral et de son principe fondateur, celui de la séparation des pouvoirs et des fonctions (légiférer, administrer et juger). Suivant un mécanisme linéaire, la loi est dégagée des préférences individuelles par la médiation des représentants, elle est discutée par le Parlement qui décide

6. Seuls des critères de validité formelle définissent la validité d'une règle de droit (respect des règles de droit hiérarchiquement supérieures) ou la validité d'une décision de justice (validité formelle de l'opération de subsumption qui sert de base à la conclusion normative du syllogisme opéré par le juge).

de son énoncé général et abstrait, puis cet énoncé «redescend» dans la société par voie d'application.

Ce premier modèle régulateur propre à la démocratie libérale du XIX^e siècle est une première fois transformé et remis en cause à la fin du XIX^e siècle qui voit poindre l'État social. En effet à ce moment, la machine se grippe lorsque se fait entendre la critique des inégalités réelles auxquelles le formalisme des droits-liberté et du choix individuel s'avère incapable de porter remède. L'État social émerge : il aura la charge, par une politique volontariste, de transformer le réel social. En s'efforçant de mener une politique de couverture sociale, le droit étend alors son domaine d'intervention. Ses modes d'énonciation se transforment et deviennent moins formels. Il définit les buts à atteindre, laissant aux appareils publics qui ont charge de le mettre en œuvre une marge d'indétermination croissante. Le droit se confronte à la contingence de l'action et ne se contente plus de fixer les bornes formelles d'une action dont les individus auraient la seule responsabilité. Comme le dit M. Weber, le droit se matérialise et vise à défendre des conceptions substantielles de justice afin de «soigner» la société (redistribution des revenus, régulation économique, politique sociale, etc.) ou le sujet (médicalisation du droit pénal par exemple). Mais l'indétermination brièvement ouverte dans la sécurité formaliste du droit libéral se referme bien vite grâce au rationalisme scientifique : l'expert - et son savoir technique - est supposé fournir les bases d'un calcul rationnel permettant de définir les références normatives dans les domaines «déformalisés». L'application des normes retrouve la sécurité un instant compromise. La raison conserve son pouvoir enchanteur : la raison calculante étend son emprise à la régulation étatique.

L'émergence de cet État social entraîne d'ailleurs, par la voie de la théorie dite «sociologique du droit», une première mise en cause de la théorie positiviste. Mais cette critique ne porte pas tant sur le programme épistémologique de la théorie positiviste que sur la réponse formaliste (légaliste et étatiste en Europe) que celle-ci propose à la question de la définition du droit. Dans cette perspective, la réorganisation institutionnelle sur laquelle débouche cette première crise de l'organisation juridique démocratique ne met pas en cause l'essentiel de la culture théorique juridique dominante. La double

dichotomie épistémologique qui la sous-tend – être/devoir-être et justifier/appliquer – n'est pas fondamentalement questionnée.

Cela se comprend quand on sait que la réorganisation institutionnelle sur laquelle cette crise débouche est un renforcement de l'appareil régulateur de l'État qui trouve dans la science la règle d'objectivité de son jugement. Dorénavant, le pouvoir exécutif et son administration voient leur pouvoir renforcé et leur puissance validée par la croyance en la toute-puissance de la raison scientifique censée définir les moyens rationnels de la réalisation des valeurs d'égalité et de liberté⁷.

2. Parallèlement au désintérêt progressif que suscite la théorie dominante du droit, la dogmatique juridique rencontre des difficultés pour répondre aux attentes de la pratique juridique. En effet, des pratiques juridiques nouvelles exigent des formes de raisonnement que l'approche traditionnelle du commentaire descriptif et de la mise en forme systématique des règles positives ne suffisent plus à nourrir. Nous pensons aux modes alternatifs de résolution des conflits, au rôle nouveau joué par les procédures juridictionnelles d'urgence, à l'importance accrue des notions à contenu variable, au développement des opérations de balance d'intérêts qu'appelle le contrôle des droits fondamentaux, au développement du contrôle marginal de l'administration, etc.

Ainsi, sous ses deux versants, l'approche traditionnelle de la théorie du droit semble impuissante à rendre compte des mutations des dispositifs de la régulation juridique. Bien plus, ces mutations ne peuvent être pensées que si on reconstruit les distinctions de base qui ont structuré l'épistémologie positiviste et l'approche du droit qui en résulte.

7. Une relecture des auteurs de l'époque, tant américains (réalisme américain en liaison avec les pragmatistes et les premiers économistes institutionnalistes) qu'européens (au premier rang desquels G. Gurvitch, dont les catégories théoriques - telle celle de fait normatif - sont des plus prometteuses) serait utile.

III. Crise contemporaine de la gouvernance démocratique et nouvelles approches de la théorie de la norme

Dans les années cinquante s'inaugure une deuxième crise des modes de régulation en régime de démocratie libérale. Une réflexion et une transformation institutionnelle sont lancées, qui sont d'ailleurs toujours en cours. Aujourd'hui, comme on l'a déjà indiqué, la question d'une amélioration des modèles démocratiques sous-tend nombre de débats économiques et politiques, tant au plan des États-nations qu'à celui des rapports internationaux. Cette crise a connu diverses phases, correspondant à autant de solutions institutionnelles. Ces diverses orientations ne sont elles-mêmes que le reflet d'approches théoriques qui toutes, à des degrés divers, offrent un nouveau regard sur la théorie de la gouvernance. Ces approches théoriques émanent de divers champs disciplinaires (politique, juridique, économique ou philosophique). On ne peut comprendre l'orientation actuelle des politiques régulatrices que si on se réfère à ces débats théoriques. Deux observations préliminaires peuvent être faites concernant la dynamique de la crise contemporaine des systèmes de gouvernance.

1. Nous prendrons pour champs d'analyse la version américaine de cette crise. En effet, c'est celle qui a donné lieu aux débats les plus denses et les plus explicites. Pour des raisons qui tiennent sans doute au rôle important joué par la Cour Suprême et au cadre pragmatique qui domine la pensée américaine, les juristes américains, à la différence des juristes européens, se sont directement confrontés, dès la fin du XIX^e siècle, à la question des formes institutionnelles par lesquelles la régulation étatique doit s'exercer. Les limites du pouvoir des juges, le rôle qu'il doit jouer par rapport aux autres pouvoirs, la forme que doit prendre la fonction d'administrer et les limites à lui imposer, notamment en ce qui concerne l'activité économique, ces questions traversent le débat juridique. La réflexion ne fera que s'amplifier au sortir de la seconde guerre mondiale. Se pose, en effet, à ce moment, la question de la nécessaire réorganisation de la fonction régulatrice telle que le New Deal l'avait organisée.

Dans les années cinquante, les juristes américains sont confrontés à l'inefficacité du dispositif de gouvernance mis en place par le New Deal. Sans doute le New Deal, au même titre que l'État social européen, avait-il tenté d'améliorer le dispositif institutionnel de la démocratie libérale. Mais dorénavant la mise en place d'une administration chargée de pallier les

imperfections du marché et de satisfaire les exigences de la justice distributive n'est plus suffisante. Ce dispositif se révèle, en effet, inapte à assurer le respect de nombre de droits fondamentaux, au premier rang duquel le droit à l'égalité raciale, mais aussi les multiples intérêts érigés en droits que la démocratie a pour tâche de protéger : droit à la protection de l'environnement, droit à la protection sociale, droit des consommateurs, droit à l'égalité sexuelle, etc.

2. Une seconde observation tient au cadre général des réponses qui vont progressivement être élaborées. On peut distinguer trois types de réponses distinctes, qui vont toutes tisser des liens avec une idée qui commence à émerger dans la théorie de la gouvernance, celle de sa nécessaire procéduralisation. Présentons rapidement ces trois solutions et leur référence à l'horizon nouveau d'une approche procédurale.

Trois réponses différentes vont être proposées et, pour partie, expérimentées durant cette période toujours en cours⁸. D'abord, dans les années soixante et soixante-dix, il sera proposé de recourir aux juges pour assurer l'effectuation des droits fondamentaux; pour disposer des moyens nécessaires à ce nouvel activisme judiciaire, les juges se dotent de modes d'intervention qui conduisent à une transformation significative de l'exercice tant de la fonction de juger (la création du «Public Law Litigation⁹») que de la fonction d'administrer¹⁰. Puis à la fin des années soixante-dix, sous l'inspiration du «Law and Economics movement», la fonction administrative est transformée en vue d'éviter le recours à des techniques de «command and control»; dans cette

-
- 8. Remarquons l'incidence que ces trois réponses vont avoir sur la pensée juridique. En effet, ces trois orientations possibles de réforme et de transformation éventuelle de la séparation des pouvoirs propre à l'État de droit vont amener la recherche juridique américaine à devoir se confronter et s'alimenter aussi bien aux autres sciences sociales qu'à la philosophie. La théorie de la régulation démocratique sur laquelle va s'articuler dorénavant la pensée juridique est au cœur de divers champs disciplinaires en ce qu'il s'agit de réfléchir les conditions d'efficience et de légitimité de la coordination de l'action collective. À poser ainsi la question de la théorie de la régulation et de l'organisation institutionnelle de l'État, on s'oblige à croiser divers discours théoriques habituellement posés comme étrangers à ce qu'exigerait l'autonomie traditionnelle du discours juridique.
 - 9. A. Chayes, «The Role of the Judge in the Public Law Litigation» (1976) 89 Harv. L. Rev. 1281.
 - 10. R. Stewart, «The Reformation of American Administrative Law» (1975) 88 Harv. L. Rev. 1667.

perspective est développé le recours au «Cost Benefit Analysis test» et aux politiques incitatives. Enfin, en concurrence avec le mouvement «Law and Economics» et en s'inspirant d'une philosophie politique néo-kantienne représentée au mieux par Habermas, il s'agit maintenant de parfaire la démocratie par le renforcement du contrôle populaire que doit promouvoir un espace public renforcé.

Ces trois perspectives ont un lien avec ce qui va devenir un élément déterminant du débat sur la gouvernance, qu'on appelle aujourd'hui l'«approche procédurale de la régulation ou de la norme¹¹». Mais ces liens varient fortement. En effet ces trois approches procédurales¹² sont élaborées dans des cadres disciplinaires différents (respectivement les cadres philosophique, économique, politique et juridique) et répondent à des problématiques théoriques distinctes. Elles ne présentent pas le même degré de rigueur et d'approfondissement théorique. Mais elles recoupent toutes, de façon directe ou indirecte, la question

11. Le terme de «procéduralisation» s'entend des conséquences normatives sur l'organisation des dispositifs d'action qui résultent d'une compréhension «procédurale» des conditions d'une action rationnelle.

12. Remarquons, pour éviter toute ambiguïté dans notre usage de la notion de «procéduralisation», que ce terme est parfois utilisé dans un quatrième sens dans le débat sur la gouvernance. Cet usage est réservé aux juristes et traduit l'approche habituelle que ceux-ci ont de leur pratique en la qualifiant, depuis les années 40 et 50 aux USA, de «Legal process». Le mouvement du «legal process» s'initie avec les écrits de L. Fuller et tente, après la fin de l'activisme conservateur de la Cour Suprême des USA et la légalisation définitive de l'État administratif du New Deal, de «réconcilier» les perspectives formalistes de Langdell et réalistes du début du siècle. Il s'agit, à l'instar de la position défendue par Dworkin et par les habermassiens, de soutenir la thèse de la neutralité du droit, sans nier pour autant sa nature interprétative voir H. M. Hart et A. M. Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury, W. N. Eskridge & Ph. Frickey, Foundation Press, 1994. Cette approche en termes de «Legal process», qui avait succédé au réalisme juridique dominant dans les années 20 et 30 aux USA, a été fortement ébranlée par l'arrêt *Brown vs Board of Education* rendu en 1954 par la Cour Suprême. Cet arrêt a d'ailleurs conduit H. Hart et A. Sachs, deux des plus ardents défenseurs de cette approche, à annuler la publication de leur ouvrage intitulé «The Legal process». Il en est résulté une critique de cette approche «procédurale» de la neutralité du droit, notamment par les Critical legal Studies et par les partisans d'une analyse économique du droit. Aujourd'hui, quoique le mouvement soit peu homogène et intègre des tendances différentes non réductibles à la simple affirmation d'une distinction entre justification et application, certains parlent du retour en force, au sein de la communauté des juristes américains, d'un courant dénommé «New Legal Process» (cf. notamment E. Rubin, «The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions» (1996) 109 Harv L Rev. 1393.

politique et juridique de la transformation du dispositif de gouvernance des démocraties. C'est pourquoi il faut situer ces trois perspectives par rapport à ce qui constitue, aux USA, le cœur du débat réglementaire dans les années soixante-dix.

§1. La procéduralisation conventionnaliste du droit : la «group interest politics» et la transformation du droit dans les années 60 et 70

Ce lien n'est qu'implicite en ce qui concerne la solution qui s'impose en premier dans les années soixante et soixante-dix. L'expression, tout d'abord, d'approche procédurale n'émerge pas expressément. Mais, l'esprit du modèle politique sur base duquel elle est justifiée participe de ce qu'on peut appeler un procéduralisme conventionnaliste. En quel sens?

Dès les années cinquante, l'observation est faite, aux USA, que le modèle de «l'ingénieur social», sur base duquel s'était construit l'État administratif de l'État social et s'était recomposé le dispositif de gouvernance de l'État libéral propre au 19^e siècle, s'avérait insuffisant pour réaliser les objectifs d'efficience et de réalisation des droits fondamentaux (égalité et solidarité sociale) portés par les exigences de légitimité démocratique. Le juge va, dès lors, se mettre en position de thérapeute du processus réglementaire pour créer les conditions nécessaires à la réalisation effective du respect dû à ces droits¹³. S'inaugure, dès ce moment, une nouvelle période d'activisme judiciaire qui fait suite à celle qui, dès la fin du 19^e siècle avait tenté d'empêcher l'instauration du New Deal¹⁴. Cet activisme va donner forme à une première réponse à la crise du modèle réglementaire de nos États sociaux. Cette réponse

13. Ce tournant a coutume d'être daté du célèbre arrêt *Brown c. Board of Education* de la Cour Suprême de 1954 qui portait sur l'interdiction de la ségrégation raciale dans l'enseignement public.

14. Voir notamment pour une analyse de la spécificité de ce nouvel activisme judiciaire par rapport à celui qui avait été exercé par la Cour Suprême en opposition aux tentatives d'instauration du New Deal dès la fin du 19^e siècle, A. Mason, «Judicial Activism : Old and New» (1969) 55 Virginia L. R. 385; voir aussi pour une analyse plus générale de cette transformation du droit amenée par le «civil rights movement» dans les années cinquante et soixante aux USA, outre les articles déjà cités, Ph. Nonet et Ph. Selznick, *Law and Society in Transition : Toward Responsive Law*, NY-London, Harper and Row, 1978 et la bibliographie citée.

prendra essentiellement la forme d'une «procéduralisation conventionnelle¹⁵» de l'élaboration des politiques publiques. Cette première réforme, inaugurée par un article célèbre de Reich¹⁶ et mise en application par les Cours et tribunaux, marque la pénétration de l'État administratif par les exigences constitutionnelles concernant les droits fondamentaux («processus dit de constitutionnalisation du droit»). Parallèlement, elle traduit une mise en cause de la croyance portée par le New Deal en l'efficacité des «independent administrative agencies» pour réaliser les objectifs de l'État social.

Cette réforme va inaugurer une dynamique de transformation du droit administratif et de la fonction de juger. Elle conduira, sur le plan institutionnel, à un recours accru au juge pour suppléer aux insuffisances de l'administrateur-ingénieur social et assurer, par le biais de cette procéduralisation conventionnelle des politiques publiques, la réalisation supposée effective des exigences des droits fondamentaux et des objectifs d'efficacité et de légitimité des idéaux démocratiques. C'est dans ce cadre qu'apparaît un premier sens du terme «procéduralisation». Héritée de la théorie politique pluraliste des années cinquante connue sous le nom de «group interest politics», l'idée est de conditionner la rationalité des politiques publiques élaborées par l'administration à la possibilité donnée à tous les groupements d'intérêt concernés d'éclairer l'autorité et de participer à l'élaboration des compromis réglementaires¹⁷. Cela conduira le juge à subordonner la légalité des interventions administratives au respect de toutes les conditions procédurales garantissant

15. Le terme «conventionnelle» s'oppose à «postconventionnelle». Ce dernier, par opposition au premier, entend mettre l'accent sur l'idée, qui sera notamment développée par Habermas, qu'un accord négocié n'est constitutif d'une norme acceptable que pour autant que le consensus «convenu» satisfasse aux conditions qui le rendent rationnellement acceptable eu égard aux exigences d'une morale universaliste.

16. C. Reich, «The New Property» (1964) 73 Yale L. J. 733; «Individual Rights and Social Welfare» (1965) 74 Yale L. J. 1245.

17. Ce mouvement ne sera pas spécifique au droit américain, même si la nouvelle forme d'activisme judiciaire qu'il entraîne y sera, cependant, beaucoup plus développée. Mais, dans nombre de systèmes juridiques, l'appareil administratif va, à des rythmes différents, se réorganiser en fonction de cette logique «participative» de l'action publique telle que pensée par cette «group interest politics». Voir ainsi en droit canadien l'excellent article de synthèse de P. Issalys, «La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation» (1983) 24 Les Cahiers du Droit 831.

cette participation¹⁸. Parallèlement, le juge lui-même, dans le cadre du contentieux des droits fondamentaux (principalement celui du respect dû à l'égalité raciale), se dote de nouvelles formes d'intervention (public law litigation). Il s'agit, dans le cadre de certaines politiques publiques (gestion des prisons, des logements sociaux, des hôpitaux pour malades mentaux ...), de créer des espaces de négociation où s'élaborent, sous le contrôle tutélaire final du juge, les conditions substantielles auxquelles doivent satisfaire les politiques publiques concernées en vue d'assurer l'application effective des droits à l'égalité et à la dignité humaine. Ainsi, à la fois au plan du juge ou à celui des autorités administratives, les conditions de rationalité (légitimité et efficience) d'une politique publique sont supposées rencontrées par la possibilité donnée aux groupes d'intérêt concernés de participer à la décision publique.

18. Cela va se marquer, d'un point de vue juridique, par un accroissement significatif des possibilités d'action en justice (standing) données soit aux individus soit aux groupes sociaux, par le développement des garanties procédurales (procedural safeguards) et, enfin, par le contrôle accru par le juge de la «rationalité substantielle du contenu de la décision (hard look review : sous le couvert de cette doctrine, «the courts must take a hard look at the administrative record and the agency's explanatory material to determine whether the agency use the correct analytical methodology, applied the proper criteria, considered the relevant factors, chose from among the available range of regulatory options, relied upon appropriate policies, and pointed to adequate support in the record for material empirical propositions» (T. McGarity, «The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld» (1997) 75 Texas L. Rev. 525; voir sur ceci, notamment, et la bibliographie citée, C. Sunstein, «Deregulation and the Hard Look Doctrine» (1984) 5 The Supreme Court Review 177.

§2. Vers une approche réflexive de la procéduralisation : la perspective issue de la théorie économique de l'efficiance et celle de la théorie délibérative de la démocratie

Les deuxième et troisième sens du terme «procéduralisation» apparaissent dans le cadre des réactions critiques que suscite, au tournant des années 80, cette première reconstruction du dispositif de gouvernance de l'État social. Cette solution d'un activisme judiciaire associé à une approche procédurale «conventionnaliste» de la démocratie va, en effet, susciter deux critiques différentes. La première réaction critique s'alimente aux approches économiques développées après la seconde guerre mondiale et donne naissance au courant «Law and Economics». La seconde est d'inspiration philosophique et s'appuie sur le renouveau, à cette même époque, d'une approche néo-kantienne de la démocratie¹⁹. Elle trouve sa figure paradigmatique dans la théorie habermassienne du droit et de la démocratie.

Ce sont ces deux dernières réponses à la crise régulatoire qui vont progressivement devenir dominantes dès la fin des années 70 et qui définissent encore aujourd'hui le cadre du débat théorique sur la gouvernance en régime de démocratie libérale. Analysons les formes qu'elles prennent, les principales réorganisations des dispositifs de gouvernance qu'elles suggèrent et leurs liens avec une approche procédurale de la norme. En ce qui concerne ces liens, il faut noter, en effet, que l'une et l'autre de ces réactions critiques sont inspirées d'une approche qui se veut nouvelle de la rationalité et qui, quoique partiellement pour ce qui concerne la réponse liée à la théorie économique, prend la forme d'une approche procédurale de l'action²⁰ et de la gouvernance. Nous ne développerons

19. Voir sur ceci, A. Berten et J. Lenoble, *Dire la Norme*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Kluwer, 1990.

20. Il est, en effet, utile de relever qu'aujourd'hui le débat sur les dispositifs de gouvernance en régime démocratique est directement ancré dans une réflexion plus théorique sur la théorie de l'action. On peut reformuler cette question sous deux aspects corrélatifs : quelles sont les conditions qui déterminent la réalisation efficiente d'un objectif normatif posé? ou encore : quelles sont les conditions d'effectuation d'une action? Les deux solutions (celle liée à la théorie économique de l'efficiance et celle inspirée de la théorie habermassienne) qui dominent le débat régulatoire depuis les années 80 reposent en effet toutes deux, d'une manière ou d'une autre, sur une théorie de l'action.

pas ici les théories de la rationalité mobilisées par ces approches²¹. Nous en restons ici à une présentation rapide de la dynamique du débat réglementaire et de ses traces institutionnelles. Sur le plan des propositions institutionnelles, la dynamique de l'évolution du débat nécessite une présentation moins dichotomique. En fait, les versions les plus récentes de la dynamique ouverte, au sein de la théorie économique, par la réflexion critique de la théorie du choix rationnel, rejoignent souvent celles ouvertes par une approche délibérative et habermasienne de la démocratie. Elles présentent, en effet, ce trait commun de vouloir «articuler» la décentralisation opérée par la logique du marché à des mécanismes de coopération sociale.

Ce sera en rapport à ces deux usages distincts de la raison procédurale et des solutions qu'elles proposent en matière de réorganisation de nos dispositifs de gouvernance démocratique que nous développerons notre propre hypothèse de la procéduralisation contextuelle²². Mais n'anticipons pas sur ces développements. Notre objectif est ici de décrire les grandes étapes du débat ouvert par la critique du «procéduralisme conventionnaliste» qui avait servi de fondement à la réorganisation juridique des dispositifs réglementaires de l'État social américain dans les années soixante et septante.

1. Critique du procéduralisme conventionnaliste de la «group interest politics» et théorie économique

a. Au tournant des années 80, la solution, en matière de politique publique, de l'activisme judiciaire et de la «group interest politics» se trouve combattue, au sein du monde politique et juridique, au nom de la théorie économique²³. L'idée est simple. Il s'agit de mettre en question le présupposé

21. Voir sur ceci, notre ouvrage à paraître, J. Lenoble et M. Maesschalck, *The Action of Norms*, Londres, Kluwer Law International, 2003.

22. Cf. *infra*, point IV.

23. Remarquons que la mise en cause de l'efficience de la solution de l'activisme judiciaire développé dans les années soixante ne s'est pas faite exclusivement au départ de l'analyse économique. Un large courant critique s'est développé dans les années 80 et 90 au départ d'horizons très différents. Citons, ainsi, à titre d'exemples, W. Simon, «Bureaucracy, and Class in the Welfare System» (1983) 92 Yale L. J. 1198; R. Pierce Jr, «The Due Process Counterrevolution» (1996) 96 Columbia L. R. 1973.

de l'approche procédurale prônée par la «group interest politics»²⁴. Non seulement, est-il posé, les groupes d'intérêt n'abordent la scène publique qu'au départ d'une perspective stratégique; mais surtout, rien ne garantit que le compromis qui résultera de leur délibération satisfait aux exigences d'une rationalité optimisatrice.

Cette orientation critique est héritée du courant dénommé *public choice theory* (ou encore *political economic theory*) qui s'origine, principalement, dans les travaux de K.Arrows (*Social Choice and Individual Values*, 1951), d'A.Downs (*An Economic Theory of Democracy*, 1957) et de J.Buchanan-G.Tullock (*The Calculus of Consent*, 1962). Cette perspective, enrichie de ses diverses réinterprétations, conduit à repenser l'action publique au départ de la théorie du choix rationnel. Dans la ligne de cette réflexion, se développe ainsi progressivement, à l'aide des instruments d'analyse fournis par la théorie économique (principalement ceux fournis par l'approche contractualiste de la relation principal – agent) et la théorie des jeux une «Positive Political Theory»²⁵.

Il y a donc lieu de conditionner les décisions publiques au test d'une rationalité substantielle comme la théorie économique permet d'en définir les conditions. Le déplacement est important. Ce qu'il faut abandonner, c'est l'effet pervers du modèle traditionnel d'une régulation qui reste prise dans le modèle centralisé d'une «command-and-control regulation». Les inefficiences des modes centralisés d'intervention publique sont fustigées. Différentes réorganisations sont suggérées, qui doivent permettre l'efficience optimisatrice des régulations opérées. L'efficience d'une régulation publique doit se faire

24. Voir notamment, E.Elhauge, «Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?» (1991) 101 Yale L. J. 31; voir aussi les articles bien connus de R.Stewart, «The Discontents of Legalism : Interest Group Relations in Administrative Regulation» (1985) Wisconsin L. R. 655; «Madison's Nightmare» (1990) 57 U. Chi. L. R. 335.

25. Voir ainsi notamment, J. Macey, «Separated Powers and Positive Political Theory : The Tug of War Over Administrative Agencies» (1992) 80 Georgetown L.J. 671; W. Bishop, «A Theory of Administrative Law» (1990) XIX Journal of Legal Studies 489; et la special issue intitulée «Regulating Regulation : The Political Economy of Administrative Procedures and Regulatory Instruments» (1994) 57 Law and Contemporary Problems; M. McCubbins, R. Noll and B. Weingast, «Administrative Procedures as Instruments of Political Control» (1987) 3 Journal of Law, Economics and Organization 243.

décentralisée. Le mouvement qui s'amorce ainsi au début des années 80 ne conduit pas, sauf cas rares (ainsi en matière de transport), à une dérégulation, comme on le dit trop souvent. La transformation porte sur le mode d'exercice de l'intervention régulatoire et son dispositif institutionnel. La transformation portera essentiellement sur trois plans : usage renforcé du test de l'analyse coût-bénéfice (tant au plan de l'administration²⁶ qu'au plan du juge); usage des techniques incitatives et des techniques du marché²⁷; et enfin renforcement du rôle des «autorités administratives indépendantes» par le recours accru au modèle de l'autorégulation des milieux professionnels.

Se profile ainsi, dès le début des années 80, une nouvelle réponse à la question de la transformation des dispositifs de gouvernance de l'État social. Cette réponse reste aujourd'hui dominante dans bien des cercles gouvernementaux tant américains qu'européens et domine le monde juridique américain. A bien des égards, les propositions du courant «Law and Economics» en matière de régulation s'alimentent, non seulement aux approches néoclassiques du marché, mais aussi aux approches néoinstitutionnalistes de la théorie contractualiste (théorie des contrats incitatifs en fonction des asymétries d'information) ou de la théorie des coûts de transaction (Williamson). Ces dernières approches se sont, d'ailleurs, surtout développées à propos d'autres questions de gouvernance que celles des politiques publiques : citons ainsi,

-
26. La suggestion est faite de réorganiser les administrations publiques de manière à assurer l'efficience instrumentale et fonctionnelle de leurs activités par leur subordination, notamment, à une évaluation de leur rapport coût-bénéfice; voir sur ceci notamment S. Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Harvard UP, 1993; voir aussi C. Sunstein and R. Pildes, «Reinventing the Regulatory State» (1995) 62 U. Chicago L. Rev. 1 et la bibliographie qui y est citée; voir aussi des mêmes auteurs, «Démocrates et Technocrates» dans *Démocratie et procéduralisation du Droit*, (Ph. Coppens et J. Lenoble eds.) Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p. 205 et s.
27. Celles-ci conduisent à promouvoir le recours à des formes d'intervention «basées sur le marché» comme la contractualisation de services publics au profit d'acteurs privés, le recours à la technique des chèques publics (*vouchers*) en matière d'éducation et de logement, la constitution d'un «marché des droits de polluer» (*trading emissions rights*) ou encore l'usage généralisé des techniques incitatives; sur ceci, voir, notamment, S. Rose-Ackerman, «Social Services and the Market» (1983) 83 Colum. L. Rev. 1405; *Rethinking the Progressive Agenda. The Reform of the American Regulatory State*, New York (NY), The Free Press, 1992; «Consensus versus Incentives : A Skeptical Look at Regulatory Negotiation» (1994) 43 Duke LJ 1206.

notamment, le domaine de la théorie de la firme²⁸ et celui du risque d'assurance²⁹. C'est dans ces domaines que s'est, en effet, essentiellement forgée la théorie des contrats incitatifs et des contrats incomplets qui, par la prise en compte des asymétries d'information, a modalisé la théorie de l'équilibre général et a réfléchi les dispositifs institutionnels (essentiellement de nature incitative) devant conditionner la coordination optimale des acteurs en contexte d'incertitude.

b. Cela dit, les débats qui alimentent les approches de «Law and economics» ne se ramènent pas à un seul courant. Des perspectives différentes apparaissent tout en restant inscrites dans le cadre d'une théorie de l'efficience. Elles sont l'expression des évolutions qui on vu le jour ces dernières années en ce qui concerne les fondements mêmes de la théorie économique et plus précisément la conception qu'elle se fait de la rationalité de l'acteur individuel. La dynamique contemporaine de théorie de la gouvernance issue du champs des approches économiques résulte de débats plus épistémologiques relatifs à la théorie du choix rationnel. C'est dans ce dernier cadre que ce sont développées les approches procédurales en économie. Contentons-nous ici d'énoncer l'idée élémentaire de cette approche procédurale proposée en alternative à la version classique de la théorie du choix rationnel. Notre seul projet est, en effet, ici³⁰ de retracer les principales manifestations de ces débats plus fondamentaux de théorie économique au plan du débat juridique américain concernant la transformation de nos dispositifs de gouvernance.

C'est à la suite de la critique antimarginaliste des années 30 et 40, et, notamment, sous l'impulsion des travaux menés par H.Simon et ses collègues dans les années 50 et 60 à Carnegie, que s'est développée une réflexion pour interroger la manière dont la théorie économique néoclassique concevait la

-
28. Voyez pour une reconstruction des débats économiques sur la «corporate governance» et la théorie de la firme dans J. Lenoble, «Norme et Action. Corporate Governance et Procéduralisation contextuelle» (1999) 71 *Carnet du centre de philosophie du droit*.
29. Voir sur ceci notamment K. J. Arrow, *Essays in the Theory of Risk-bearing*, Amsterdam, North Holland, 1970, et plus spécialement les chapitres 8 et 9; voir pour une excellente synthèse et une bibliographie significative, E. Brousseau, «La Théorie des contrats : une revue» (1993) 103 *Revue d'Economie Politique* 1.
30. Voir pour une critique théorique plus substantielle, l'ouvrage déjà cité et à paraître, *The Action of Norms*.

rationalité des acteurs économiques et, par conséquent, les conditions d'efficience des modes de coordination entre ces acteurs. Il en est résulté une considération renouvelée pour les modes de gouvernance. L'idée s'est développée qu'au vu des limites qui affectaient les capacités de raisonnement (et donc de maximisation) des acteurs économiques (individus ou firmes), la coordination «optimisatrice» devait être conditionnée par des dispositifs institutionnels et normatifs dont la construction devait être réfléchie en vue d'une approche correcte de ces limitations du jugement. C'est pour construire une théorie plus respectueuse de ces limites et donc des modalités de jugement qui conditionnaient l'effectuation des actions individuelles ou collectives que, parmi d'autres tentatives³¹, Simon a développé ce qu'il a appelé une théorie de la raison procédurale qui devait, selon lui, se substituer aux approches économiques néoclassiques conçues en termes de rationalité substantielle (possibilité par un calcul d'optimisation de définir le contenu du comportement optimisateur).

Les conséquences attachées, directement ou indirectement, à cette réflexion critique sur les fondements cognitifs de l'approche économique ont été diverses. À certains égards, les approches les plus nuancées et les moins réductrices qui ont alimenté la critique économique de l'État régulateur et ont conduit à son réaménagement dans les années 80 ne sont pas sans lien avec les critiques issues de la théorie de la raison procédurale de H.Simon. La théorie néoinstitutionnaliste et contractualiste et, a fortiori, la théorie des contrats incomplets qui a servi de cadre théorique à bien des approches économiques contemporaines de la régulation entend, d'une certaine manière, intégrer ces critiques de la théorie du choix rationnel³².

31. Sur l'évolution de cette réflexion critique et les diverses tentatives qui se sont développées, cfr. *The Action of Norms*, *supra* note 21

32. Voyez notamment sur ceci, l'article précité de d'E. Brousseau; O. Williamson, *Mechanisms of Governance*, NY-Oxford, Oxford UP, 1996 à la p. 46; et aussi la bibliographie citée dans J. Lenoble, «Norme et Action. Corporate Governance et Procéduralisation contextuelle» (1999) 71 *Carnet du centre de philosophie du droit*.

Mais c'est surtout dans des développements connexes ou ultérieurs que se sont développées les réflexions liées, expressément ou implicitement³³, à cette approche procédurale critique de la théorie néoclassique du choix rationnel. Dans cette perspective, trois orientations nous paraissent pouvoir être privilégiées qui visent à approfondir ou réorienter, suivant le cas, les premières analyses développées par l'approche économique de la régulation proposée dès les années soixante-dix et qui ont orienté la politique des années 80. Elles ont en commun deux traits.

Le premier est de subordonner la rationalité du processus d'élaboration de la politique publique à une procédure coopérative institutionnalisée que ne suffit pas à penser le cadre formel de la *public choice theory*. Sous une forme ou sous une autre, ces différentes interrogations vont venir interroger la supposition de ces approches néoclassiques que la rationalité d'un jugement normatif se réduit aux ressources fournies par le calcul d'optimisation et, que la coordination par le marché (recherche par chaque acteur de la maximisation de ses préférences individuelles) fournit la clé de la régulation la plus efficiente. À ce titre, pourrions-nous dire en anticipant nos développements ultérieurs, elles rejoignent notre propre hypothèse qui entend aussi mettre en exergue l'existence d'un second ordre de conditionnalité de l'efficience d'une norme³⁴ qui est lié à la limitation contextuelle de tout formalisme³⁵.

33. Il est évident que nombre de réflexions, notamment parmi les chercheurs de «Law and Economics» (ainsi, par exemple, celles particulièrement intéressantes de R.Cooter) ne sont pas expressément rattachées à celles de Simon sur la «bounded rationality». Mais elles le sont implicitement en ce qu'elles participent à des réflexions contemporaines de théorie économique visant à réfléchir la «coordination» collective à la lumière d'une théorie de l'apprentissage et d'une théorie des normes.

34. À côté donc des conditions de son «acceptabilité rationnelle», telle que par exemple un calcul formel d'optimisation permettrait de les définir.

35. Comme nous le verrons ci-dessous, notre propre hypothèse soulignera l'insuffisance de ces approches théoriques contemporaines dans leur construction épistémologique de cette «limitation coopérative» de l'efficience formelle de l'intervention régulatoire. Ces différentes approches, pour manquer la nature de cette limitation contextuelle, restent prisonnières d'une conception déterminante du jugement normatif et restent en défaut de définir les conditions réflexives auxquelles devraient satisfaire cette structure coopérative pour assurer l'efficience et la légitimité de l'intervention régulatoire.

Le second est corrélatif du premier. Il est que toutes ces perspectives entendent réfléchir les conditions d'efficience d'un dispositif de coordination collective à la lumière d'une approche réflexive de la rationalité. Cela résulte de ce que tous entendent, d'une manière ou d'une autre, réfléchir cette théorie de la rationalité au départ d'une théorie de l'apprentissage. Sans doute, comme nous le verrons ci-dessous, cette approche réflexive, quelles que soient par ailleurs les profondes différences d'approche entre tous ces auteurs, reste foncièrement incomplète. Mais, il reste qu'un gain substantiel est déjà acquis, quoiqu'à des degrés différents, par ces différentes approches des dispositifs régulatoires par rapport aux réformes de «procéduralisation conventionnaliste» implémentées par les juges américains dans les années 60 et 70 au nom de la «group interest politics». Le gain est d'ailleurs aussi significatif par rapport aux cadres théoriques³⁶ des approches néoclassiques en matière de gouvernance des politiques publiques.

L'identification de ces trois champs théoriques est, sans doute, pour partie arbitraire, tant il est vrai que sont nombreuses, multiformes et souvent peu construites les positions qui en appellent à la nécessité de conditionner la légitimité ou l'efficience des politiques publiques à la participation des parties concernées. Un premier champ est celui ouvert par ce que P.Sabatier a appelé «l'institutionnal rational choice approach». Un second champ est constitué par le courant «néoinstitutionnaliste» ouvert en théorie politique par les travaux de H.Simon³⁷. Enfin, un troisième champ est celui, d'importance croissante, couvert par la régulation du risque et par la critique des approches formelles des procédures de *risk assessment* et de *comparative risk assessment*.

b.1. Le premier champ théorique est celui qui reste le plus proche des perspectives néoclassiques ou des approches néo-institutionnalistes et contractualistes. La démarche entend emprunter, en la prolongeant ou en l'amendant, celle de la *public choice theory* et de la théorie du choix rationnel. Il s'agit, en effet, au départ d'une solution coopérative du dilemme du prisonnier, de réfléchir les cadres permettant le développement d'une telle

36. Notre critique n'implique, évidemment pas, celle de toutes les propositions concrètes faites, dans les années 80, au départ de la théorie des contrats incitatifs.

37. Principalement par son ouvrage de 1947, «Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes» dans *Administrative Organization*, The Free Press, NY, 3^e éd. 1976.

solution coopérative. Cette structure coopérative est réfléchie en référence à une théorie de la self-governance. Adoptant, dans nombre de cas, l'approche théorique de la théorie des jeux répétés ou le présupposé d'une capacité d'adaptation fonctionnelle optimale des systèmes à trouver les solutions exigées par un environnement nouveau, la question de la coopération et de l'apprentissage adaptatif qui lui est lié n'est pas réfléchie épistémologiquement dans ses conditions de «possibilité». Celles-ci sont supposées donner d'emblée dans les capacités cognitives et motivationnelles des acteurs individuels, ou, éventuellement, dans une perspective plus systémique³⁸, dans les «capacités cognitives» du système que les acteurs individuels ne manqueraient pas de mettre en œuvre collectivement et naturellement. La question même d'une élucidation des conditions institutionnelles de la solution coopérative devient aussi, par le fait même, difficile à construire, même là où les auteurs reconnaissent la nécessité d'un dispositif institutionnel coopératif, comme chez Ostrom ou Teubner. De même, la double idée que le jugement d'efficience est toujours déjà fonction d'un choix d'une forme de vie collective et que ce choix nécessite une opération de jugement non réductible à une opération d'optimisation n'est pas intuitionnée. Cette orientation théorique est à la base de bien des développements réglementaires contemporains dans nos démocraties libérales³⁹ (et il explique d'ailleurs l'apparition en Europe continentale des autorités administratives dites indépendantes). Cette orientation théorique

38. Nous pensons principalement, évidemment, puisqu'il s'agit du droit, aux travaux de N. Luhmann et de G. Teubner (voir sur ceux-ci notamment, G. Teubner, *Droit et Réflexivité*, Paris, LGDJ, 1996; *Recht als Autopoietisches System*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989 (trad. fr. Paris, PUF, 1993).

39. Pensons ainsi au rôle joué par l'autorégulation des milieux financiers et au rôle joué par les codes de déontologie émanés de la pratique des milieux professionnels; voir D. C. Michael, «Federal Agency Use of Audited Self-Regulation as a Regulatory Technique» (1995) 47 Admin. L. Rev. 171 et I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York, Oxford University Press, 1992; voir aussi pour une présentation plus générale de cette nouvelle technique de régulation appelée «audited self-regulation, Administrative Conference of the United States, Recommendation 94-1, «The Use of Audited Self-Regulation as a Regulatory Technique» (1994) 59 Fed. Reg. 44 (adopted June 16, 1994); A.J. Campbell, «Self-Regulation and the Media» (1999) 51 Federal Communications Law Journal 711; J. Freeman, «The Private role in public Governance» (2000) 75 N.Y.U.L. Rev. 543; M. Priest, «The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation» (1997-98) 29 Ottawa L. Rev. 233; J. Paterson, *Behind the mask : regulating health and safety in Britain's offshore oil and gas industry*, Ashgate, Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney, 1999.

recouvre aujourd'hui divers travaux parmi lesquels on peut citer ceux de R.Cooter⁴⁰ en «Law and Economics», ceux d'E.Ostrom⁴¹ en ce qui concerne la question des biens communs⁴².

b.2. Les deux autres interrogations qui se sont développées permettent précisément d'approfondir et de radicaliser le déplacement recherché par les théories de la self-governance. La construction théorique de ce déplacement s'approfondit et tente de mieux approcher la question des conditions de la solution coopérative et de l'apprentissage qu'elle nécessite. Voyons rapidement le déplacement que ces deux autres champs théoriques contemporains apportent par rapport aux approches antérieures de l'efficience de la norme. Ces deux déplacements introduisent d'ailleurs très étroitement à celui que nous proposons pour mieux comprendre la manière dont s'opère l'effectuation d'une norme au départ de notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle.

La seconde interrogation qui s'est développée à l'encontre de l'approche de la régulation fondée sur la théorie du choix rationnel est ouvertement plus critique que celle liée aux approches fonctionnalistes de l'autorégulation. Elle s'est constituée dans la perspective ouverte par la critique procédurale de la raison économique amorcée par H.Simon. La limitation coopérative est ici construite au départ d'une critique épistémologique des présupposés de la théorie du choix rationnel et de son insuffisance à cerner les limites de rationalité cognitive qui conditionnent l'action individuelle ou collective. La

40. Voir notamment, R. Cooter, «Structural Adjudication and the New Law Merchant : A model of Decentralized Law», *supra* note 33.

41. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1990. Remarquons qu'outre le cadre théorique qu'elle s'efforce de construire (notamment en collaboration avec V. Ostrom, *The Intellectual Crisis in American Public Administration*, The University of Alabama Press, 1972), l'intérêt de ces recherches est qu'il croise celles récemment développées par nombre de spécialistes des relations internationales sur les conditions d'efficience des «régimes internationaux» mis en place, notamment, dans le domaine de la protection environnementale (voir sur ceci, P.M. Haas, *Knowledge, Power and International Policy Coordination*, Columbia, U. South Carolina Press, 1997; V. Rittberger and P. Mayer (eds), *Regime Theory and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1993); R.O. Keohane, P.M. Haas and M. Levy (eds), *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection*, Cambridge (Mass), MIT Press, 1993).

42. *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1982.

prise en compte de ces limites (résultant essentiellement du contexte d'incertitude dans lequel la décision est à élaborer) oblige, soulignent les tenants de cette orientation de pensée, à faire droit à une approche procédurale de la rationalité⁴³. Celle-ci, à la différence des approches classiques qui s'attachent à définir le contenu du bon comportement, met dorénavant l'accent sur la «recherche d'un mode de détermination d'une façon d'agir». Cette approche procédurale de la rationalité oblige à mieux comprendre le mode de fonctionnement des dispositifs institutionnels et à dépasser les dichotomies classiques sur base desquelles elles sont traditionnellement réfléchies et organisées : les distinctions moyen-fin, décision-application, fait-valeur. En effet, puisque le jugement est lié à la mise en œuvre de routines configurées par l'expérience vécue et par la culture, il procédera par une démarche contextuelle opérant l'adaptation des catégories aux contextes nouveaux auxquels le sujet est confronté. Dès lors, l'efficiencia des organisations dépendra de leur capacité à instaurer un cadre délibératif porteur des conditions d'un *apprentissage collectif*. Cette théorie, développée au plan de la théorie des organisations et de la théorie politique par H.Simon, J.G.March⁴⁴ et J.P.Olsen⁴⁵, Ch.Argyris et D.Schön⁴⁶, a

-
43. H. Simon, A Behavioral Model of Rational Choice. From Substantive to Procedural Rationality, in Latsis (ed.), *Methods and Appraisal in Economics*, Cambridge (Mass.), Cambridge UP, 1976 aux pp. 129-148.
44. J. March et H. Simon, *Organizations*, NY, Wiley, 1958 (2d ed. Oxford, Blackwell, 1993); J. March, *Decisions and Organizations*, Oxford, Blackwell, 1988; H. Simon, *The Sciences of the Artificial*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1981 (trad. fr. Paris, Bordas, 1991).
45. J. March et J. Olsen, *Ambiguity and choice in organizations*, Bergen, Universitetsforlaget, 1976; J. March et J.P. Olsen, «The new institutionalism: organizational factors in political life» (1984) 78 *American Political Science Review* 734; J. March et J. Olsen, *Rediscovering Institutions. The organizational Basis of politics*, NY, Free Press, 1989.
46. Voir notamment sur ceci, Ch. Argyris et D.Schön, *Organizational Learning II - Theory, Method and Practice*, New York, Addison-Wesley Publishing Cy, 1996 (reprinted with corrections). C'est dans cette même mouvance, aux ramifications aujourd'hui diverses, qu'il faut citer les très féconds travaux du courant français dit de l'*Économie des conventions* et notamment de deux de leurs principaux représentants, d'O. Favereau et de L. Thévenot, Voir notamment O. Favereau, «Règles, Organisation et Apprentissages collectifs: Un paradigme non standard pour trois théories hétérodoxes» dans *Analyse économique des conventions*, Paris, PUF, 1994 aux pp. 113-137; P. Livet et L. Thévenot, «Modes d'action collective et construction éthique. Les émotions dans l'évaluation» dans *Les limites de la rationalité*, tome 1 (sous la direction de J.P. Dupuy et P. Livet), Paris, La Découverte, 1997 aux pp. 412-439; citons enfin, dans cette même mouvance, les développements dans la littérature anglo-saxonne ou allemande d'une théorie de la firme nourrie de cette approche et dénommée par G. Hodgson de «competence-based theory of the firm» (G. Hodgson, «Competence and

donné lieu à divers prolongements récents très stimulants sur le plan d'une théorie de la gouvernance publique conçue en termes **d'apprentissage collectif** (D.Schön, M.Rein⁴⁷, Ch.Sabel et J.Cohen⁴⁸) ou encore en termes de modèles interprétativistes (Dryzek⁴⁹, Ingram⁵⁰). Il s'en dégage une approche institutionnelle de la gouvernance conçue en termes de «frame reflection» et de «democratic experimentalism».

Quel que soit le gain que cette approche procédurale permet par rapport aux approches précédentes, elle reste affectée d'une insuffisance importante: pour ne pas construire une théorie de l'apprentissage réflexif articulée à l'autoréférentialité de la raison comme usage (sur ceci, *infra* notre hypothèse de la procéduralisation contextuelle), la coopération reste pensée, comme on l'a déjà indiqué, sur un mode «schématique» qui rend difficile le dépassement du modèle de la théorie du choix rationnel ou de celui de la pragmatique formelle de Habermas. De ce point de vue, le troisième champ d'interrogation critique annoncé ci-dessus s'avère des plus intéressants. En effet, il met sur la voie d'une meilleure construction de cette notion de limitation et de réflexivité dont, de façon si stimulante et si féconde, les réflexions sur la gouvernance ouvertes par les recherches de Simon ont démontré l'importance.

b.3. Un troisième champ d'interrogation critique s'est en effet aussi développé au départ des approches économiques de l'action rationnelle. Il est

Contract in the theory of the firm» (1998) 35 Journal of Economic Behavior and Organization 179.

47. D. Schön et M. Rein, *Framing Reflection*, NY, Basic Books, 1994.

48. Voir En ce sens, les perspectives développées par M. Dorf et Ch. Sabel, «A Constitution of Democratic Experimentalism» (1998) 98 Columbia L.Rev 267; J. Cohen et Ch.Sabel, Directly-Deliberative Polyarchy dans *Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*, (Ch. Joerges et O.Gerstenberg, eds.), 1-30, Proceedings of the COST A7 seminar, European Commission, 1998. Cette position a trouvé aussi ses expressions juridiques; voir sur ceci J. Freeman, «Collaborative Governance in the Administrative State» (1997) 45 UCLA L. Rev. 1; J.De Munck et J. Lenoble, «Droit négocié et procéduralisation» dans *Le Droit Négocié*, F.Ost (éd.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 1996 à la p. 171 et s.

49. J. Dryzek, *Democracy in Capitalist Times*, NY, Oxford UP, 1996.

50. A. Schneider and H. Ingram, *Policy Design for Democracy*, Lawrence (KS), U Kansas Press, 1997; H. Ingram and St.Smith, *Institutions and Policies for Democracy, A discussion paper*, Center for the Study of Democracy, UC Irvine, 1997.

lié à ce secteur où la réorganisation des dispositifs réglementaires prônée par ces dernières approches au début des années 80 s'est effectuée avec le plus de vigueur. Ce secteur est celui de la régulation des risques⁵¹. Cette dernière est, dès cette époque, essentiellement organisée au départ de techniques de régulation de type «market oriented». Mais, rapidement, la réflexion sur les dispositifs exigés par une régulation efficiente va rapidement tenter d'intégrer une théorie du «calcul de la solution la plus efficiente» qui fasse droit aux critiques fondées sur la «rationalité limitée».

Les travaux de Cass Sunstein, pour rester dans le champ de la recherche juridique, sont révélateurs de cette seconde orientation. Ils traduisent, en effet, la volonté de tenir compte de la théorie des biais développée par Tversky et Kahneman⁵² pour améliorer l'opération de coût-bénéfice qui sert dorénavant de procédure de choix public⁵³. Le modèle de rationalité du jugement pratique mobilisé par la réflexion juridique est emprunté au débat qui s'est noué dans les années soixante-dix entre économie et psychologie sociale cognitive et à ses conséquences pour une meilleure approche de la théorie des risques. Parallèlement, la procédure du *risk assesment* est réfléchie dans une perspective qui entend concilier «calculabilité» et «incertitude»⁵⁴. Sans doute, cette dernière littérature en reste-t-elle aux étapes précédentes de la réflexion en matière de dispositifs réglementaires. Mais, c'est la dynamique ouverte par cette volonté de

-
51. Voir notamment sur ce mouvement de réorganisation juridique de la régulation des risques, S. Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1993; J. Mashaw, *Bureaucratic Justice*, Yale UP (1983); C. Sunstein, «Paradoxes of the regulatory State» (1990) 57 U. Chi. L. Rev. 407; S. Rose-Ackerman, *Controlling Environmental Policy. The limits of Public Law in Germany and the United States*, New Haven, Yale UP, 1995. Faut-il aussi rappeler que la théorie du risque est aussi celle où s'est constitué le courant aujourd'hui le plus dominant en économie, celui de la théorie contractualiste. Il est vrai que le domaine du risque ici étudié est moins directement lié aux politiques publiques puisqu'il s'agit essentiellement, au départ en tout cas, du risque d'assurance.
52. A. Tversky and D. Kahneman, «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases» (1974) Science 185; et sur cette même problématique l'ouvrage collectif édité par D. Kahneman, P. Slovic et A. Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge (UK), Cambridge UP, 1982; A. Tversky et D. Kahneman, «The Framing of Decisions and the Psychology of Choice» (1981) 40 Science 455.
53. C. Sunstein, «Behavioral Analysis of Law» (1997) 64 U. Chicago L. Rev. 1175; et du même, «A Behavior Approach to Law and Economics» (1998) 50 Stanford L. Rev. 1471.
54. V. Walker, «Risk Regulation and the Faces of Uncertainty» (1998) 9 Risk 27.

faire droit aux critiques des approches économiques fondées sur la rationalité limitée qui s'avère aujourd'hui particulièrement suggestive.

Il faut, en effet, relever que la nécessaire limitation coopérative des processus de «risk assessment» et de «comparative risk assessment» va rapidement être référée à une théorie de **la limitation contextuelle** (perception du risque, répartition inéquitable du risque⁵⁵) et à la mise en évidence d'un second ordre de conditionnalité – **l'acceptation pratique** – qui vient «croiser» la condition formelle d'acceptabilité rationnelle. Dans cette perspective, l'accent mis par certains, par exemple O. Godard⁵⁶, sur le passage d'une interprétation probabiliste⁵⁷ du principe de précaution à une interprétation en termes d'**incertitude** ouvre la voie à une construction du jugement normatif en termes de «typique» et de «limitation communautaire» qui va bien au-delà de la théorie de l'apprentissage collectif d'Argyris et Schön et qui anticipe notre propre hypothèse d'une «procéduralisation contextuelle». Sans doute, cette ouverture reste-t-elle peu théorisée chez ces auteurs. Mais elle appelle une théorisation qui marque l'intuition d'un dépassement des réflexions liées au procéduralisme de H. Simon .

Plus précisément, les intuitions dont se nourrissent plusieurs de ces dernières interrogations critiques conduisent à mettre en question le modèle d'une régulation par calcul d'anticipation. C'est le modèle de l'expertise qui est ici problématisé et qui conduit donc à intuitionner que les conséquences effectives d'une norme sont fonction d'autres choix que ceux opérés par un calcul d'optimisation en fonction de préférences données. Le contexte d'incertitude ne conduit pas seulement à une prudence conséquentialiste. L'intuition est que tout jugement normatif nécessite aussi d'autres opérations de choix que celle du calcul d'anticipation propre à la raison stratégique. Mais,

55. Voir notamment sur ceci la synthèse et la bibliographie y relatives qu'en donnent C. Sunstein et R. Pildes, «Reinventing the Regulatory State» (1995) 62 U. Chicago L. Rev. 1.

56. O. Godard, «De l'usage du principe de précaution en univers controversé» (1999) 239-240 *Futuribles* 37.

57. Cette interprétation probabiliste est évidemment liée à la théorie du choix rationnel en contexte d'incertitude développée en économie. Voir sur cette dernière approche, K. Arrow, «Exposition of the Theory of Choice under Uncertainty» dans *Decision and Organization*, C.B. McGuire et R. Radner (eds), Minneapolis, University of Minnesota Press, 1986 à la p. 20 et s.

l'intuition reste en défaut de construire épistémologiquement la nature de ce «second ordre de conditionnalité» qui va conditionner la démarche d'application d'une norme. Pour cette raison, malgré leurs ouvertures, ces approches de la limitation restent pensées en termes subjectivistes (théorie culturaliste de M. Douglas⁵⁸ ou P.Slovic⁵⁹ concernant la perception du risque), objectivistes (sociologie latourienne de la traduction⁶⁰) ou herméneutiques (*the cosmopolitan narrative theory* de l'acceptation pratique chez T.Earle et G.Cvetkovich⁶¹).

À ce titre, comme nous l'indiquerons ci-dessous, elles restent en défaut de construire adéquatement le cadre épistémologique exigé par une théorie du jugement. Par conséquent, aussi, elles conduisent à une insuffisante construction de la réflexivité du jugement normatif et donc des **conditions de réflexivité du moment coopératif**. Cela explique d'ailleurs, que sur un plan pratique, les modèles d'organisation des dispositifs réglementaires que ces auteurs proposent vont, en définitive, soit rester dépendants du modèle formel de l'expertise soit vouloir le nuancer par le modèle, tout aussi formel, d'un dispositif réglementaire conçu sur le seul modèle d'un agrégat communicationnel comme chez les disciples contemporains de Simon ou Argyris et Schön.

C'est donc à un détour épistémologique qu'appellent aujourd'hui ces trois interrogations théoriques suscitées par l'approche économique de la régulation qui s'est développée à la fin des années 70. Seul ce détour épistémologique par une approche des conditions d'effectuation d'une action permettra de déployer, sur le plan institutionnel des dispositifs réglementaires, toute la richesse dont ces interrogations sont porteuses. Mais avant de présenter le déplacement que nous semble appeler une compréhension correcte du processus d'effectuation d'une norme, il reste à présenter la deuxième conception qui domine aujourd'hui le débat ouvert par la crise de nos modèles réglementaires. Comme on l'a déjà dit, cette seconde conception participe aussi d'une approche procédurale de la rationalité de l'action, quoiqu'en un sens différent de celle qui

58. Voir notamment M. Douglas et A. Wildavsky, *Risk and Culture*, Berkeley (Ca), University of California Press, 1982.
59. P. Slovic, «Perception of Risk» (1987) 236 Science 280.
60. Voir sur ceci notamment B. Latour, *Politiques de la nature – Comment faire entrer les sciences en démocratie?*, Paris, La Découverte, 1999.
61. T. Earle et G. Cvetkovich, *Social Trust*, Westport (Connecticut) – London, Praeger, 1995.

est à la base des trois interrogations suscitées par l'approche économique néoclassique de la régulation.

2. Critique du procéduralisme conventionnaliste de la «group interest politics» et théorie de la démocratie délibérative

Repartons, à nouveau, du contexte proprement américain de la crise réglementaire telle que le droit américain la manifeste dès la fin des années cinquante. L'activisme judiciaire des années 60 et 70 va en effet susciter une seconde critique, distincte de celle apportée par le «Law and Economics movement» et qui s'est d'ailleurs constituée en réaction à ce dernier courant. L'ensemble des positions qui s'y rattachent traduit le projet commun de réinterpréter sur une base théoriquement plus fondée l'intuition qui avait conduit à la «procéduralisation conventionnaliste» des décisions publiques pour rencontrer les insuffisances du cadre réglementaire de l'État social. Dans cette perspective, elles fustigent généralement les limites d'une approche exclusivement économique (ou scientiste) du «jugement normatif», même si celle-ci est enrichie d'une prise en compte des biais cognitifs.

À la base de cette orientation, repose l'idée que le moteur essentiel de l'évolution réglementaire de nos démocraties libérales, depuis le milieu des années cinquante, est le rôle accru donné aux **droits fondamentaux**⁶². L'extension donnée à ces droits et la recherche d'un contrôle accru au respect qui leur est dû constituent à la fois le principe explicatif des remaniements opérés et le principe qui doit guider la réflexion toujours en cours d'une amélioration de nos dispositifs réglementaires. La réflexion dès lors se déplace. L'accent sera moins focalisé sur les conditions d'efficience à respecter dans l'implémentation des objectifs poursuivis. Il sera porté principalement sur le respect dû aux conditions de légitimité imposées aux décideurs. C'est ce respect des conditions imposées par les valeurs proprement démocratiques qui est censé assurer la réalisation meilleure de nos objectifs démocratiques. Ceci explique l'organisation de plusieurs orientations actuelles de la pensée juridique et politique américaine autour des trois axes suivants : le concept de *civil rights*, le concept

62. Ainsi, M. Landy et M. Levin, *The New Politics of Public Policy*, Baltimore, John Hopkins U.P., 1995.

d'interprétation (en rapport avec celui de la nature de la fonction du juge) ou encore celui des limites de rationalité⁶³. D'une manière ou d'une autre, les nombreux auteurs qui seraient ici à citer se rattachent à un courant bien connu de la littérature juridique américaine qu'on dénomme le «civic-republicanism»⁶⁴. Ce courant propose de repenser la fonction du juge comme gardien des conditions du débat public démocratique auquel le pouvoir politique doit toujours rester subordonné et suggère en même temps de réfléchir le renforcement nécessaire de ce même débat. Les conditions de rationalité d'une politique publique sont ainsi suspendues, non plus seulement aux conditions d'efficience basées sur une évaluation calculable du coût-bénéfice, mais aux conditions de légitimation ultime dont le juge aurait toujours la garde et qui résultent, toujours, en dernier ressort des droits fondamentaux à la fois garants et résultats de la délibération publique.

Ce modèle délibératif trouve évidemment des traductions et des justifications différentes. Mais toujours elles nous paraissent rattachables, de façon consciente ou inconsciente et par-delà les nuances⁶⁵ introduites, au modèle

63. Quoique les derniers travaux de Cass Sunstein traduisent une orientation behavioriste marquée (voir son article déjà cité «Behavioral Analysis of Law»), nombre de travaux antérieurs de C. Sunstein sur le droit administratif traduisaient une orientation marquée pour les approches «délibératives» liées au présent mouvement. C'est dans cette même veine qu'on peut citer d'ailleurs l'accent qu'il met, avec Pildes, sur la nécessité d'organiser des procédures délibératives pour prendre en compte les débats de valeur qui, immanquablement, traversent toujours les «tradeoffs» à effectuer dans les choix de politiques de risque, C. Sunstein et R. Pildes, «Reinventing the Regulatory State», *supra* note 26. On retrouve ici notre observation concernant certaines des orientations concrètes sur lesquelles débouchent les débats actuellement menés dans le cadre de la régulation des risques.

64. Voir notamment pour une mise en perspective plus large de cette orientation contemporaine au sein de la pensée juridique américaine, G. Peller et W. Eskridge, «The New Public Law Movement» (1991) 89 Michigan L. Rev. 707.

65. Ces nuances débouchent même parfois sur des critiques significatives. Celles-ci n'entament cependant pas la parenté de leurs auteurs, sur le plan plus philosophique de la théorie de l'action rationnelle, avec le modèle communicationnel de l'éthique procédurale de Habermas pris ici comme paradigme. Plusieurs auteurs parmi les plus importants de ce courant américain (ainsi par exemple les critiques adressées à Habermas par F. Michelman, voir sur ces critiques, le chapitre 6 de J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp, 1992 (trad. fr. sous le titre «Droit et démocratie. Entre faits et normes», Paris, Gallimard, trad. par R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, 1997; voir aussi sur ceci, Ph. Coppens et J. Lenoble (eds.), *Démocratie et Procéduralisation du Droit*, *supra* note 26).

communicationnel de rationalité développé par Habermas. Ce dernier modèle conduit à une approche procédurale de la démocratie que nous qualifions de formelle. Ce formalisme, comme celui lié aux approches économiques de la régulation, résulte, comme on l'a déjà indiqué, d'une approche «intentionnaliste et mentaliste» de l'opération d'application des normes sociales. Mais n'anticipons pas sur cette question épistémologique des conditions d'effectuation d'une norme.

Trois remarques suffisent ici pour situer cette troisième approche procédurale contemporaine du droit et des conséquences qui en découlent pour une amélioration de nos dispositifs de gouvernance.

1°. Tout d'abord, cette approche procédurale du droit et de la régulation démocratique s'inscrit dans une réflexion philosophique plus vaste et plus profonde qui porte sur une approche procédurale et réflexive de l'action rationnelle et de la société. Il s'agit ici de définir les exigences d'une société juste non plus au départ d'une vision du monde jugée substantiellement «bonne». Au contraire, les exigences de justice sont dorénavant fondées sur des critères d'acceptabilité rationnelle libérant les justifications morales de leurs particularismes culturels et historiques. Dorénavant, la coordination collective trouve ses critères de légitimité dans le respect des «principes» qu'une logique procédurale argumentative au plan de la discussion publique conduit à dégager.

2°. Ce cadre théorique conduit à déplacer le débat contemporain sur l'amélioration des dispositifs de gouvernance de la démocratie et à s'affranchir des deux positions développées dans le cadre de ce débat aux USA depuis les années cinquante. Sont ainsi critiquées aussi bien la version conventionnaliste de la procéduralisation de l'action publique (qui manque la dimension postconventionnelle des contraintes de principes qui définit la nature de la procédure démocratique) et l'activisme judiciaire qui lui est corrélatif (qui manque une correcte compréhension de la nature de la fonction de juger) que la version économiste néoinstitutionnaliste de la théorie de la régulation qui domine aujourd'hui le débat public aux USA et en Europe. Sans doute, s'agissant des débats portés par ces économistes, y a-t-il des réformes de l'action publique à effectuer au nom de l'efficiencia. Mais tel n'est pas l'enjeu fondamental d'une compréhension adéquate des exigences fondamentales du moment. Quelles que

soient les réformes à mener au nom de l'efficience, l'action administrative et du marché reste fondamentalement soumise aux contraintes juridiques qui incarnent les limites imposées au nom des principes éthiques dégagés par le biais de la discussion publique. Cette subordination de l'action étatique aux contraintes des principes et des exigences du respect dû aux droits fondamentaux risque d'être manquée par un discours qui réduit les contraintes de rationalité aux conditions d'une rationalité instrumentale et stratégique.

À l'inverse, croire, dans la perspective ouverte par l'activisme judiciaire des années 60 et 70 aux USA et amorcé, selon certains, en Europe dans les années 70 et 80, que le contrôle du respect dû à ces droits fondamentaux implique un rôle nouveau et renforcé pour le juge repose sur une méconnaissance tant de la théorie du droit en démocratie que de la nature du raisonnement juridique. En fait, une compréhension correcte et procédurale de la rationalité et de ses conséquences pour la construction de la démocratie conduit à concevoir tout autrement l'insuffisance actuelle de nos dispositifs institutionnels. L'insuffisance ne porte en aucune manière sur l'aménagement de nos institutions tel que définit par le principe juridique traditionnel de la séparation des pouvoirs. En aucune manière, le modèle de séparation des pouvoirs hérité de nos révolutions américaine et française et la position subordonnée qu'y prennent, chacun à leur manière, le juge et l'administration par rapport au pouvoir législatif ne sont à remettre en cause. La distinction justifier - appliquer et l'idée que le juge ne statue que par droit et sentence – à la différence de l'administrateur qui vise à définir les exigences de l'intérêt général dans le respect des règles de droit -, constituent deux principes directeurs de nos dispositifs de gouvernance. À ce titre, souligne Habermas à la suite de Dworkin, la nature interprétative de la démarche du juge ne l'institue pas «cocréateur» du droit avec le législateur. Bien plus, c'est de façon erronée que certains, principalement aux USA, suggèrent, pour parfaire le dispositif démocratique, de mettre le juge constitutionnel en position de «tuteur» (et non pas seulement de «dauphin» comme exigé par le principe de séparation des pouvoirs) du pouvoir législatif en vue d'assurer le respect effectif des contraintes «délibératives» d'une formation discursive de la volonté générale.

3°. C'est sur un autre plan que notre démocratie traduit une insuffisance «régulatoire». Celle-ci porte sur les dispositifs «culturels» devant permettre une véritable discussion au sein de l'opinion publique afin de conditionner la formation d'une véritable volonté générale selon les exigences d'une éthique

procédurale postconventionnelle d'une formation discursive et réflexive de la souveraineté populaire.

IV- Vers un dépassement de ces approches procédurales de la théorie de la norme : vers une procéduralisation contextuelle du droit et de la gouvernance démocratique

Quel est le déplacement que nous entendons opérer tant par rapport au procéduralisme conventionnaliste des années 60 et 70 que par rapport aux deux modèles théoriques qui dominent le débat réglementaire aujourd'hui : les approches liées au débat suscité par les réinterprétations de la théorie du choix rationnel en termes de théorie de l'apprentissage d'une part et celles liées à la théorie déontologique de l'éthique de la discussion? Pourquoi qualifier le déplacement que nous suggérons sur le plan de la théorie de l'action et de la rationalité de «*pragmatique contextuelle*⁶⁶»? Quelles sont les conséquences de cette dernière hypothèse sur le plan d'une approche procédurale de la norme et de la gouvernance «démocratique»? Que signifie proposer une «*procéduralisation contextuelle*» de la régulation par rapport non seulement au procéduralisme conventionnaliste des années 60-70 mais encore par rapport aux deux tentatives de dépassement de cette version conventionnaliste qui ont émergé dans la littérature scientifique au départ des années 80? Exposons successivement la portée de notre hypothèse, celle de quelques concepts qui la spécifient et, enfin, quelques conséquences sur le plan de la théorie de l'efficiency et de la théorie de la régulation.

66. Cette hypothèse développée au centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain est le fruit d'une recherche développée depuis la fin des années 80 et qui a connu trois formulations successives (voy. sur les trois formulations progressives, J. Lenoble, La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle dans *Les carnets du Centre de Philosophie du Droit*, n°70, 1999. Sa dernière formulation a été rendue possible grâce au développement, par M. Maesschalck, d'une pragmatique contextuelle en liaison avec sa relecture de Fichte (sur ceci, voir notamment, M. Maesschalck, *Droit et Création sociale chez Fichte*, Paris-Louvain, Vrin-Peeters, 1996; et, pour une construction plus complète de cette condition épistémologique, du même auteur, principalement, *Normes et Contextes*, Hildesheim-NY, Olms, 2001, et, Réflexivité transcendantale et réflexivité opératoire. Développement d'un programme de recherche, *carnet du centre de philosophie du droit*, n° 84.

§1 La portée de l'hypothèse

Pour y introduire, repartons de l'exemple déjà indiqué: celui des inefficiences constatées des politiques de «libéralisation» des régimes d'Europe centrale et de l'Est. Ce que cet exemple indique n'est pas l'illégitimité des objectifs poursuivis. Il enseigne que les politiques menées, pour être restées purement formelles⁶⁷, se sont révélées inefficaces à assurer la transformation des contextes en vue d'assurer l'implémentation des objectifs poursuivis. Les conséquences sur lesquelles ont débouché les politiques menées n'ont pu être entièrement anticipées. Leur «effectuation» a conduit à des effets qui résultent, pour partie, de la manière dont les acteurs locaux vont «incorporer» ces objectifs. Les effets de sens (la signification) des normes ainsi «appliquées» à ces contextes locaux ne se laissent définir qu'en fonction d'un «arrière-plan» en fonction duquel va se déterminer cette «incorporation». Sans doute, cet arrière-plan contextuel sera-t-il lui-même très généralement à nouveau réintégré formellement dans l'opération du calcul par anticipation des conséquences. Le contexte se ramène alors à cette observation banale d'un contexte qui fait résistance. Il se ramène à un ensemble de contraintes anticipables que tout choix rationnel devrait prendre en compte. Notre hypothèse est, au contraire, qu'à réduire ainsi la fonction du contexte et de l'arrière-plan, on méconnaît ce que cet exemple révèle de manière simplement symptomatique.

En fait, cet exemple atteste du mode d'opération de la raison. Et ceci n'a rien à voir avec la lecture banale et habituelle du contexte comme «cadre de résistance anticipable». C'est ici que se joue précisément le déplacement que nous proposons dans la compréhension de ce qu'est un acte de raison (un jugement, un acte rationnel ou une norme). La lecture du contexte comme «résistance» et source de nouvelles contraintes à intégrer dans un calcul d'anticipation supprime d'emblée, ou plutôt annule logiquement, on le comprend aisément, la dimension de renvoi à l'arrière-plan qu'atteste ce que révèle notre exemple. Elle l'annule puisqu'elle implique qu'à réduire l'arrière-

67. Le raisonnement des experts était, comme on l'a déjà indiqué, à chaque fois le suivant : la seule transposition des cadres juridiques et institutionnels de nos démocraties libérales occidentales dans les contextes locaux concernés assurera, par elle-même, la transformation de ces contextes et leur adaptation aux exigences de fonctionnement propres aux démocraties de marché (Europe centrale et de l'Est).

plan à des contraintes qu'une règle du calcul de la raison peut intégrer, l'arrière-plan peut être réintégré dans l'opération formelle de la raison. Or, ce qu'indique justement le renvoi à une structure d'arrière-plan est que la raison (l'acte de connaissance qui impose une norme d'action) ne peut opérer qu'en s'appuyant sur quelque chose qui n'est pas elle. Toute opération de la raison fait, comme disait Fichte, l'expérience d'un choc (*Anstoss*) qui lui vient de ne pouvoir produire des effets qu'en s'appuyant sur quelque chose qui n'est pas elle. Ici se révèle l'irréversibilité du renvoi à l'arrière-plan. Ce renvoi à l'arrière-plan constitue donc une contrainte «logique⁶⁸» qui conditionne son «opérativité» même. Sans doute, est-il vrai qu'à se situer au seul plan des «exemples empiriques» pour attester cette fonction d'arrière-plan (comme, par exemple, dans notre exemple lié aux effets non anticipables du jugement d'application d'une norme), on risque toujours de laisser croire en la possibilité d'une quelconque récupération formelle de l'arrière-plan et d'en méconnaître la lecture en termes de structure logique irréductible de l'opération de la raison en elle-même. C'est d'ailleurs pourquoi le passage par une lecture «philosophique» et par une démarche spéculative s'avère indispensable. Ce détour spéculatif est indispensable pour bien comprendre et décrire ce qui n'arrête pas de fonctionner dans le réel empirique⁶⁹. Seulement à ce niveau, se révèle en effet ce caractère irréductible du renvoi de l'opération formelle de la raison à «quelque chose qui n'est pas elle» et qui conditionne la possibilité pour la raison de produire des effets dans le réel. Cet incontournable se révèle, en effet, lorsqu'on met en évidence le rapport réversible qu'entretient tout acte de raison avec un acte de «croyance» qui le rend possible, ou encore dans cet «impossible métalangage» qui n'a pas manqué, depuis Russell, de traverser les meilleures réflexions épistémologiques.

Mais, ce qu'il importe de montrer c'est que ce «détour» spéculatif n'a pour seule fonction que de permettre de faire une correcte description de ce qui fonctionne dans toutes les situations empiriques.

68. Il s'agit évidemment d'une contrainte de logique spéculative et transcendante, et pas de logique formelle.

69. À ce titre, le passage par une démarche spéculative n'est pas un «jeu» pour philosophes en mal d'abstraction. Il est le passage obligé pour comprendre comment les phénomènes sociaux opèrent.

C'est sur ce plan d'ailleurs que se situe l'insuffisance des diverses approches procédurales apparues ces dernières années, que ce soit dans le champs des débats ouverts par la théorie du choix rationnel ou dans celui lié aux approches communicationnelles. Dans le cadre des premières, cela vise aussi bien, non seulement les approches néoinstitutionnalistes de la «New institutional Economics», mais aussi les diverses interprétations contemporaines en termes de théorie d'apprentissage (en ce y compris celles de Simon, d'Argyris et Schön ou de Putnam). Nul doute que tous ces auteurs tentent d'intégrer une fonction d'arrière-plan dans leur démarche. Aucun des économistes de l'école de Chicago ne méconnaît le caractère «culturellement» construit des préférences des acteurs individuels. Sans doute, Simon, Cooter, chacun à leur façon, tenteront de mieux prendre en compte cette fonction d'arrière-plan. Ceci conduira Simon à mettre l'accent sur le caractère «rule-following» du comportement, Cooter à vouloir intégrer la manière dont se forment les préférences et à en déduire le rôle des normes comme condition d'efficience. Bien plus, Putnam, par sa critique du holisme sémantique et son holisme pragmatique, est certainement le philosophe qui, aujourd'hui, à la suite de Wittgenstein, a tenté de cerner au plus près les contraintes de l'arrière-plan dans la construction d'une théorie de la rationalité et de la signification. Mais, tous, d'une manière ou d'une autre n'ont pas «interprété» cette fonction de l'arrière-plan comme une fonction logique de «l'opération de la raison». La conséquence est, que d'une façon ou d'une autre, il est un moment où ils «oblitèrent» ou «méconnaissent» cette dépendance de l'opération formelle de la raison à l'égard de «quelque chose qui n'est pas elle». Tous, à des degrés variables, restaurent ainsi, à un moment ou l'autre, la possibilité pour la raison de s'appuyer sur quelque chose de donné et qu'elle peut traiter comme ce qui en règle le fonctionnement et en assure la possibilité. C'est pour cette raison qu'à l'égard de Putnam, on a mis en exergue que son insuffisance venait de ce qu'il ne posait pas la question de la «possibilisation» du social à «créer» du sens, fût-ce par la voie de sa célèbre «division du travail sémantique». Même son holisme pragmatique s'arrête en chemin sur le nécessaire appui de la création du sens à un incontournable renvoi à un arrière-plan. A le dire en d'autres termes, ce que Putnam ne construit pas, c'est la «réflexivité» de son holisme pragmatique. Construire le caractère social de l'esprit ou de la raison est aujourd'hui bien admis. Mais l'enjeu est de construire ce renvoi au social sur base d'une réflexivité «étendue», c'est-à-dire, sur base d'une conception du social comme

un opérateur lui-même réflexif. Ce que ne font pas les auteurs mentionnés, ni d'ailleurs Habermas.

La raison de ce manquement est que tous ces auteurs veulent «nommer» à un quelconque niveau l'arrière-plan sur lequel la raison s'appuierait réflexivement. Chez les économistes néoclassiques, ce sera «les préférences culturellement construites», chez Simon, les routines, chez d'autres encore, les «conventions». C'est évidemment le recours à ces «conventions» qui constitue la solution la plus répandue. On se rappellera que Lewis⁷⁰ avec son «common knowledge» y avait recouru. Mais la démarche est répandue. Que l'on songe aux «économistes des conventions⁷¹». Il en va de même chez Putnam où le holisme pragmatique débouche aussi sur une «convention sociale» (celle qui résulte du travail opéré par la division du travail sémantique) qui peut fonctionner comme règle pour la raison et dont il est supposé que les individus ont la capacité d'adapter en commun.

En nommant ou supposant donné, à un quelconque niveau, la convention et les capacités adaptatives individuelles, qui rendent possible l'opération formelle de la raison, on s'interdit d'intégrer DANS cette opération formelle la fonction de «Réversibilité» qui définit cette opération. Cette réversibilité vient, rappelons-le, de ce que cette opération de la raison ne pourra produire ses effets dans le réel (produire des effets de sens) qu'en prenant appui sur quelque chose qui la possibilise. En supposant donné cette fonction d'arrière-plan, on reclôt l'opération de la raison en en donnant une description formelle comme si cette opération se suffisait à elle-même. Toute perspective théorique qui, à un moment ou à un autre, finit par «nommer» ou «supposer donné» l'arrière-plan qui «possibilise» la raison présuppose une analyse «schématique de la raison». A l'inverse, lorsqu'on s'oblige à respecter et donc à **INTEGRER dans la**

70. D. Lewis, *Convention : A Philosophical Study*, Cambridge (MA), Harvard UP, 1969.

71. Voir sur ceci, notamment la bibliographie citée supra. Les tentatives de ces auteurs, fortement inspirées d'ailleurs des travaux de Simon et Lewis, tentent de construire un «concept» de «convention» qui intègre une limite fondamentale de la raison. L'auteur qui a le mieux tenté cette démarche est P. Livet avec son concept d'indécidabilité (voir sur ceci, J. Lenoble, *Droit et Indécidabilité*, Paris, Cerf, 1994). Malheureusement, pour ne pas opérer le déplacement qu'implique une lecture de l'opération de la raison comme impliquant en elle-même l'irréductibilité interne de son renvoi à un arrière-plan, il «nomme» cet arrière-plan pour faire de l'indécidabilité une «règle» qui reclôt l'opération formelle de la raison.

description de l'op6ration de la raison sa n6cessaire r6versibilit6 3 un ext6rieur qui en rend possible les effets, on adopte une analyse de l'op6ration de la raison en termes de «typique».

Une derni6re remarque sur la nature de ce d6placement. Notre th6se revient donc 3 montrer l'erreur 6pist6mologique de toute th6orie qui, d'une mani6re ou d'une autre, suppose «donn6 ou identifiable» ce qui «rend possible ou capable» l'exercice de la raison. La raison en est, avons-nous dit, qu'en supposant donn6 ce qui rend possible l'op6ration de la raison, ne fût-ce que comme convention adaptable et r6visable par les individus suppos6s, on ne prend pas en compte le caract6re lui-m6me «r6versible ou r6flexif» de l'op6ration par laquelle on «nomme ou se donne «cette pr6f6rence»⁷², cette convention ou ce qui rend possible cette comp6tence d'adaptation et de r6vision. La critique que nous formulons et le d6placement que nous proposons en soulignant la n6cessit6 de lire le renvoi 3 l'arri6re-plan comme une fonction logique de l'op6ration elle-m6me de la raison, nous am6ne 3 rejeter toute position d6constructionniste de type heideggerien ou derridien. Sans doute, soulignons-nous l'effet de cl6ture que r6introduit la supposition comme donn6e et «nommable» de l'instance qui rend possible l'op6ration formelle de la raison. Mais, 3 l'inverse, se contenter d'en d6duire «l'indicible du fondement», «l'impossible fondement», conduit 3 la m6me erreur de logique sp6culative que les positions par ailleurs d6nonc6es. C'est ce que Putnam a si bien d6nonc6 dans les positions d6constructionnistes ou sceptiques. Et qui ne voit qu'3 s'affranchir de l'innommable, on s'affranchit en m6me temps du rapport logique de r6versibilit6 3 l'arri6re-plan qui fonde ou rend possible, pour le dire plus rigoureusement, l'acte formel de la raison. On reste pris dans la m6me d6marche (qu'il s'agisse donc de nommer ou de ne pas nommer) et on se rend incapable

72. La diff6rence est importante. Pour reprendre un auteur comme Cooter ou tous ceux qui, aujourd'hui, int6grent une th6orie des normes comme conditions d'une efficience, Cooter prend bien en compte le fait que les «pr6f6rences» sont conditionn6es par les normes. Mais ce conditionnement par les normes est lui-m6me r6int6gr6 comme r6gle dans le raisonnement de Cooter. En «sch6matisant» ainsi la norme, Cooter n'int6gre pas dans son propre raisonnement la r6flexibilit6 de sa propre op6ration rationnelle par laquelle il «se donne» les «normes». 3 nouveau, l'6tape derni6re de son raisonnement n'est pas conçue r6flexivement. La seule mani6re, au contraire de respecter cette r6flexivit6 fondamentale consiste 3 inscrire cette r6flexivit6, en ce y compris de toute norme «rendant possible» une «pr6f6rence», dans l'op6ration m6me de tout acte de connaissance.

de raisonner en termes d'opérations. Intégrer dans l'opération de la raison son incontournable réflexivité⁷³ permet d'éviter la double erreur de sémantisation⁷⁴ qu'implique soit la «nomination» (même comme simple convention sociale révisable), soit, à l'inverse, la qualification comme «indicible ou indéterminable⁷⁵ de ce qui «rend possible» l'effectuation de la raison.

§2 Quelques concepts de base

C'est en rapport avec cette démarche que nous parlons de «structure réversible et asymétrique», du contexte comme «forme potentialisante», de «réflexivité étendue» et de «limitation communautaire» du jugement. Ces quatre concepts visent à mieux qualifier toute opération cognitive que ne le font les auteurs précités, qu'il s'agisse de ceux qui ont contribué au débat issu de la théorie du choix rationnel ou de ceux liés aux procéduralisme déontologiques des éthiques de la discussion (Habermas et Rawls). Ce n'est pas le lieu ici de les construire de façon étendue. Mais leur portée essentielle se laisse déjà intuitionner sur la seule base du déplacement suggéré par notre hypothèse d'une «pragmatique contextuelle».

On perçoit, en effet, d'emblée, combien cette structure «réversible et asymétrique» résulte du «choc» interne à l'opération de la raison qui provient de ce qu'elle est dépendante de quelque chose qui lui est extérieur et qui en rend possible les effets. Cela signifie que tout acte de la raison (donc toute norme posée pour guider un acte individuel ou collectif) ne peut s'appliquer et produire une signification, et donc ses effets, qu'au terme d'une opération complexe qui est un échange entre les effets «attendus» par la norme posée «abstraitemment», d'une part, et, d'autre part, les effets rendus possibles par les cohérences propres aux «formes de vie existantes». Ceci montre déjà l'opération réversible de ce

73. On peut aussi parler ici de la «récursivité» de l'opération de la raison au sens de ce qu'elle se définit par son renvoi à ce sur quoi elle s'appuie.

74. Et cette erreur de sémantisation caractérise aussi bien, en ce sens, le pragmatisme de Putnam, Habermas ou, encore de Derrida. Cette sémantisation au fait que leur pragmatisme reste pensé dans le cadre d'une théorie schématique, et non typique, du jugement.

75. C'est pourquoi, on peut dire, en termes husserliens, que notre propre hypothèse consiste à faire acte du nécessaire renvoi de toute «détermination» à une «sphère de déterminabilité» (voir sur ceci les travaux de M. Maesschalck déjà cités).

renvoi à un arrière-plan. Mais, comme on l'a déjà dit, cet arrière-plan doit lui-même être construit «réflexivement» à peine de «renommer» et de construire, comme un «donné», ce «contexte»⁷⁶. C'est pourquoi il faut intégrer une dimension d'asymétrie au sein même de «l'effet de retour» produit par cette réversibilité de tout jugement d'application «ou, ce qui est la même chose, de toute opération d'interprétation». En effet, ces cohérences n'ont aucune «signification établie, déterminée et, donc, anticipable formellement». D'une part, elles ne se définiront que dans le cadre de cette opération de «redéfinition des formes de vies existantes» en fonction des objectifs définis abstraitement par la norme. Il y a donc, dans cet échange, une double opération inversée. D'autre part, l'opération de «ce» qui doit être transformé est elle-même une opération réversible et asymétrique : les «cohérences» existantes ne sont elles-mêmes que le résultat de ce que les acteurs de ce contexte ont historiquement et conflictuellement défini comme forme de vie «acceptable». La mise en évidence de cette structure ne répond pas seulement au souci logique d'une description complète. Elle est d'une grande conséquence pratique pour une bonne approche des conditions de «rationalité des dispositifs institutionnels conditionnant l'«efficience» d'une régulation «légitimement acceptable».

Le concept de «contexte» se laisse maintenant mieux appréhender. Il n'est pas un ensemble local de contraintes factuelles. Il n'est pas cette fausse «représentation» de l'idéologie marxiste. Il n'est pas cette culture particulière que les anthropologues culturels pourraient identifier et qui serait «déposée» dans les esprits des acteurs individuels comme des conventions continuellement adaptables qui serviraient de structures de «capacitations» des acteurs. Certes, ces trois ingrédients existent comme autant de fonctions du contexte. Mais, à elles seules, elles n'épuisent pas la fonction du contexte. Au contraire, à réduire le contexte à l'une ou l'autre de ces fonctions, on manque la question de la «possibilisation ou de la capacitation du contexte» à produire ces effets de sens.

76. En le posant comme un donné, on fait, en effet, comme on l'a vu, l'économie de la réflexivité de l'acte cognitif par lequel on le construit comme donné. On a vu, aussi, que cette perspective réductrice est celle qui définit le «contexte» comme un cadre offrant «résistance». Comme on l'a vu, si le «contexte» se ramenait à ce cadre offrant résistance, rien ne s'opposerait à ce qu'il soit anticipable comme l'ont bien perçu les économistes, quitte à intégrer à cette anticipation la dimension temporelle de l'incertitude du futur. Mais, même en y intégrant cette «incertitude du futur», une telle interprétation du contexte, du reste fort banale et habituelle, n'implique aucune réflexivité dans sa construction même.

Le concept de «contexte» doit lui-même être construit réflexivement, comme on vient de le rappeler. C'est pourquoi, nous utilisons, pour le définir, l'expression de «forme de vie potentialisante». A le qualifier ainsi, on veut mettre en évidence cette réflexivité du concept de contexte, qui ne se laisse réduire à aucune «convention» supposée donnée (et révisable par les capacités cognitives et communicationnelles des sujets⁷⁷). Il n'y a pas une forme de vie «identifiable» au sein d'une communauté locale. On ne revient pas ici sur ce que l'on vient de dire en rapport avec l'idée de «réversibilité asymétrique».

Ce qui précède indique aussi pourquoi nous parlons de réflexivité «étendue». Tant les perspectives procédurales issues des débats critiques sur la théorie du choix rationnel, que, par évidence, les perspectives procédurales des éthiques de la discussion reposent sur une approche réflexive de la rationalité. C'est bien, d'ailleurs, à raison de cette réflexivité de la rationalité que les unes et les autres ont fortement critiqué l'insuffisance des modifications réglementaires que les juges et les politologues ont imposées dans les années 60 et 70 aux USA pour améliorer l'État social au nom d'un «procéduralisme conventionnaliste» inspiré de l'interest group politics. Mais, quels que soient les gains successifs de ces approches, la réflexivité du concept de contexte est à chaque fois oblitérée. Les effets d'une insuffisante prise en compte de cette «réflexivité du contexte», c'est-à-dire de cette «réflexivité étendue» sont importants sur la manière de concevoir les dispositifs institutionnels en matière de régulation.

Enfin, le concept de «limitation communautaire» qui renvoie dos à dos l'individualisme méthodologique, si prisé des économistes, ou le holisme méthodologique tel que traditionnellement interprété chez Durkheim ou ses émules. Sans doute, la rationalité individuelle n'est-elle pas toute entière déterminée par des «lois» qui régleraient le fonctionnement du groupe à l'instar des lois de la nature. A l'inverse, une compréhension correcte de la réflexivité de la raison, c'est-à-dire de la «réversibilité asymétrique» qui définit son mode d'opérativité, fait apercevoir la dépendance de tout acte de raison d'un contexte

77. Répétons-le encore. Ce n'est pas que nous n'envisageons pas la capacité d'adaptation ou de révision des «conventions» sociales. C'est que cette opération d'adaptation ou de révision doit intégrer, dans son opération, la réflexivité de la construction de ces conventions supposées données. A peine de quoi, on restaure, au plan des conventions, le formalisme, le sémantisme et l'idéalisme dont on tentait de s'affranchir.

conçu réflexivement comme une forme de vie potentialisante. Le contexte ainsi conçu est un opérateur de «modalité» c'est-à-dire qu'il définit les effets «possibles» de toute norme (de tout acte de connaissance). A nouveau, Simon et les théoriciens de l'apprentissage ont tenté de formuler ce concept de limite. Putnam a permis, par son holisme pragmatique, d'en intuitionner la nécessaire reformulation en termes pragmatiques. Habermas, aussi, par son kantisme et sa réinterprétation pragmatique, s'est appuyé sur l'intuition que le concept de limite devait s'appuyer sur une intersubjectivité qui devait renvoyer au social. Ce que notre hypothèse permet cependant, en se centrant sur une approche de l'opération de la raison comme telle en vue d'y intégrer son nécessaire renvoi à un extérieur à elle qui en rend possible l'effectuation c'est de construire un concept de «communauté transcendantale» qui seul rend «possible» une opération réflexive du contexte, donc de la «limitation sociale ou culturelle de la rationalité.

§3 Quelques conséquences : retour sur la théorie de la gouvernance et les dispositifs réglementaires

Comme nous voulons, ici en rester à l'essentiel, contentons-nous de formuler deux observations finales de ce chapitre qui concernent respectivement l'idée de «typique» et de «sélection des possibles» d'une part et la construction des dispositifs institutionnels de gouvernance, d'autre part.

1. La première observation tient à la critique des théories de la norme mobilisées explicitement ou implicitement par les trois précédentes approches formalistes de la procéduralisation. Elles restent «formalistes» car elles prennent appui sur une approche qui reste «schématique» et, donc, formaliste de la rationalité, malgré l'effort de certaines d'entre elles de s'en affranchir de la norme. Cela les amène à proposer une «procéduralisation formaliste» de la régulation au sens où la régulation sociale et le choix des «possibles sociaux» se laisserait réduire à l'application de mécanismes formels ou de contraintes objectives susceptibles d'incarner les contraintes collectives d'une coordination jugée légitime. Au mieux, l'approche de la gouvernance et du choix des normes est conditionnée par une construction coopérative en commun des conventions sociales. Mais, pour ne pas construire la réflexivité de cette opération de construction, elle est elle-même pensée sur le mode purement formel d'une mise en «application» des compétences communicationnelles des acteurs individuels.

L'idée de schème renvoie, précisément, à cette mise en «forme de règle» des conditions de possibilité de l'opérativité de la raison qui sont supposées données (conventions existantes ou capacités de sujets à les adapter ou les réviser). C'est pour «faire acte» de la réflexivité de l'acte par lequel on construit cette «possibilisation». Qu'on veuille bien excuser la construction de ce terme. Mais, il indique ce qui fait le cœur de notre hypothèse et qu'un philosophe, Fichte, avait remarquablement construit dans sa critique de Kant : ce qui rend possible l'opération de la raison n'est pas formalisable par la raison. Au contraire, son effectuation (c'est-à-dire son application ou son interprétation, soit la création de ce qu'elle vise comme un possible effectué) n'est possible que moyennant deux conditions qui sont corrélatives : une opération réflexive et une construction spécifique qui n'est pas accomplie par le seul jeu de l'opération formelle de la raison. C'est pour avoir méconnu cette spécificité et «autonomie relative» de l'opération d'application que, par exemple, les interventions d'humanité au Kosovo ou les politiques de libéralisation des démocraties d'Europe centrale ou de l'est s'avèrent partiellement inefficaces ou conduisent à des résultats non anticipables.

C'est par opposé à cette «formalisation des conditions de «possibilisation» que nous utilisons, au contraire, le terme de **«typique du jugement»**. Il indique, précisément, que les effets d'une norme (d'une décision rationnelle) sont le résultat d'une démarche qui n'est pas «anticipable» par la raison puisqu'elle est l'effet d'une condition qui n'est pas formalisable, c'est-à-dire qui n'est pas intégrable par l'opération formelle de la raison⁷⁸. Si les effets ne sont pas anticipables, il en découle deux conséquences. Tout d'abord, ces effets sont donc le fruit d'une opération de sélection dont il faut rendre compte pour elle-même. Ensuite, ces effets sont précisément d'une opération liée au contexte, si l'on entend par ceci : le choix incontournable parmi les diverses formes de vie possibles d'un «type» de forme de vie.

Chaque norme ouvre divers possibles. Le choix entre ces possibles n'est pas défini par la norme elle-même mais est commandé par la reconstruction

78. Que cette formalisation soit pensée sur le mode d'un calcul déductif ou d'une opération herméneutique, comme chez nombre de philosophes ou juristes – ainsi chez Dworkin – importe peu ici. La perspective reste toujours schématisante et donc formalisable même si l'on est dans l'ordre du «raisonnable».

réversible des représentations qui définissent les équilibres collectifs propres à la forme de vie acceptée au sein de cette collectivité. Il s'ensuit que toute réalisation d'un objectif normatif n'implique pas seulement la détermination de l'objectif jugé rationnellement acceptable mais aussi les moyens à mobiliser pour transformer les formes de vie existantes sur base desquelles seront sélectionnés les divers possibles que toute norme ouvre au plan de son application. Tant que l'on croit que le choix des «interprétations» de la norme (le choix du possible effectif) est commandé par des contraintes proprement herméneutiques liées aux contraintes du discours (ainsi l'exigence de cohérence ou d'«integrity» posée par Dworkin), on manque le processus qui contraint le choix des possibles effectifs et qui concerne les représentations culturelles et donc la forme culturelle des rapports sociaux en fonction de laquelle les conséquences sociales de la norme seront définies. Sans doute, y a-t-il un pluralisme conflictuel des formes de vie. Les cultures existantes au sein de nos sociétés sont nécessairement en conflit suivant la représentation possible des exigences d'organisation possible de la vie collective et la nature des rapports sociaux. La norme par elle-même ne commande pas laquelle de ces représentations culturelles en conflit au sein de la communauté sera sélectionnée au moment de l'application effective de la norme. Parallèlement, postuler la relativité de ces formes de vie en conflit potentiel, c'est manquer la capacité pragmatique postulée par la vie en commun qui n'est jamais qu'une coexistence régulée des différences. L'important est cependant de voir que toute application d'une norme présuppose non seulement un moment formel de choix des contraintes normatives jugées acceptables mais aussi une opération de sélection des possibles effectifs en fonction d'une perception de la forme de vie effectivement acceptée au sein de la communauté concernée.

En ce sens, le moment du droit n'épuise pas lui-même les conditions de sa propre application. Il présuppose toujours, au titre des conditions de son application, un «en-deça» de la norme. Il est ainsi renvoyé, non pas, comme le croit l'individualisme méthodologique des économistes, à des «préférences individuelles, mais au contraire à ce moment collectif d'une perception de notre «destinée commune»⁷⁹, à la perception d'une «forme de vie». Cette perception

79. Voir pour une construction plus complète de cette condition épistémologique, M. Maesschalck, *Normes et Contextes*, Hildesheim-NY, Olms, 2001.

d'une communauté de destin renvoie elle-même à un moment d'apprentissage et d'ajustement mutuel en fonction des «usages» en lesquels s'incarne cette perception d'une finalité éthique de la vie. Bien sûr, cette perception n'est jamais donnée et unique. Elle est elle-même, dans sa structure réflexive, l'effet d'une auto-transformation où se joue toujours notre devenir collectif et dont il importe précisément de mettre en scène, sur le plan institutionnel, les conditions de sa réflexivité. Sans une construction négociée de ce moment de réflexivité propre aux conditions d'application de la norme, irréductible donc aux conditions d'applicabilité de la norme», aucune maîtrise ne sera faite du processus d'effectuation de la norme qui sera, dès lors, laissé au seul jeu des rapports de force et de la simple reproduction des cultures dominantes.

Cela montre que ce qui nous est souvent présenté comme le seul choix «efficient» est toujours conditionné par une opération dont une telle présentation de l'efficience ne rend pas compte. Bien plus, cette critique que cette typique du jugement permet de faire rejaillit aussi bien sur les théories économiques de l'efficience que sur les approches morales de la légitimité. En effet, cela nous permet, sans doute, de voir que les théories économiques oblitèrent l'opération de choix des possibles (en termes de choix de forme de vie et pas d'opération de maximisation ou de «satisficing») qui toujours déjà conditionne les effets d'une décision rationnelle. Mais, à l'inverse, pour la même raison d'oblitération de l'opération réversible qui conditionne les effets (l'application) d'une décision rationnelle ou d'une norme, les approches, en termes de légitimation, manquent la question de l'efficience qui les conditionne. En ce sens, on peut renvoyer dos à dos les théories économiques de l'efficience et les approches déontologiques de l'éthique de la discussion⁸⁰.

80. Ceci nous permet aussi de voir que la normativité est inscrite dans la réversibilité de toute opération de la raison. Sans doute, les économistes manquent-ils cette «incontournable» normativité qui est interne, et non externe, à toute décision rationnelle. Mais à l'inverse, les philosophes moralistes, comme encore récemment Nussbaum ou Dworkin, manquent-ils une construction adéquate de leurs critiques aux approches de «Law and Economics», même chez des néoclassiques comme Epstein ou Posner; voir par exemple sur ceci, R. Posner, «The problematics of Moral and Legal Theory» (1998) 111 Harvard L. Rev. 1637; R. Epstein, «A Preference for Preferences : A Defense of the neoclassical Order, Such as It Is», lecture given in the Law and Economics seminar of the Stanford Law School, March 4, 1999; R. Dworkin, «Darwin's New Bulldog» (1998) 111 Harvard L. Rev. 1718; M. Nussbaum, «Still Worthy of Praise» (1998) 111 Harvard L. Rev. 1776. En ce sens encore,

2. La seconde observation est corrélative de la première. Les observations qui précèdent aident à comprendre pourquoi logiquement, à la fois l'efficience (au sens maintenant donc de respect des conditions d'effectuation d'une opération formelle de la raison) et la légitimité dépendent d'un dispositif institutionnel de coopération. Ce dispositif résulte, en effet, de l'incontournable prise en compte de la limitation contextuelle comme «opérateur réflexif de modalité» (c'est-à-dire comme ce qui conditionne, par une opération réversible et asymétrique, la production possible des effets de la norme ou de la décision). Il en découle notre critique de l'insuffisance des approches actuelles sur base desquelles sont proposées les transformations de nos modèles de gouvernance. Elle vise tout d'abord, évidemment, ceux qui croient que de tels dispositifs institutionnels de coopération ne conditionneraient pas l'efficience des normes ou des décisions (aussi bien les économistes néoclassiques que les néoinstitutionnalistes). Mais notre critique vise aussi la manière dont, aujourd'hui, soit dans les perspectives résultant des critiques en sciences sociales de la théorie du choix rationnel (et qui débouchent, pour l'essentiel, sur des approches de la gouvernance en termes d'apprentissage), soit dans celles ouvertes par les théories de la démocratie délibérative et des éthiques procédurales de la discussion, on réfléchit ces dispositifs institutionnels. Ceux-ci sont alors réfléchis sur le modèle d'un agrégat des compétences communicationnelles des acteurs individuels. La non prise en compte de la réversibilité de l'opération de «sélection des possibles» et la non mise en évidence de l'asymétrie qui découle de la réflexivité du contexte amène à ne pas percevoir non seulement la nécessaire articulation des acteurs à des acteurs collectifs mais aussi la réflexivité de l'opération de construction tant des acteurs eux-mêmes que des agendas de la négociation. Pour cette raison, ceux qui raisonnent aujourd'hui la nécessaire mise en place d'une construction en commun des conditions d'un vivre ensemble comme condition d'une gouvernance efficiente et légitime restent prisonniers d'un formalisme de construction de ces dispositifs. Pour ne construire la réflexivité des conditions de construction des capacités des acteurs de la négociation sur la sélection des possibles, ils en restent à la seule agrégation de leurs supposées capacités adaptatives et ne réfléchissent pas les conditions de «capacitation» à défaut

ce dont on a besoin aujourd'hui, ce n'est pas une nouvelle «éthique» mais une élucidation épistémologique du jugement normatif (ou ce qui revient au même de toute décision rationnelle).

desquelles ne peuvent émerger les «capacités» que supposent la négociation des normes par les «parties» jugées concernées.

Comme nous l'avons déjà vu, notre hypothèse d'une pragmatique contextuelle et d'une procéduralisation contextuelle des dispositifs de gouvernance implique un dépassement par rapport aux deux approches de la procéduralisation qui se sont développées dès la fin des années 70 et le début des années 80 dans le cadre du débat américain. Les conséquences institutionnelles de cette approche contextuelle permettent de dépasser les trois réponses à la crise de gouvernance de nos États sociaux précédemment rapportées. Sans doute, Habermas a-t-il justement mis en lumière les insuffisances des approches tant conventionnalistes (procéduralisme conventionnaliste de l'«interest group politics») qu'économistes ou fonctionnalistes. La participation ne se conçoit qu'inscrite dans un cadre qui en définit en même temps les contraintes d'acceptabilité rationnelle. Mais à l'inverse, pour méconnaître la limitation contextuelle de tout formalisme procédural, Habermas développe une lecture de la démocratie et de ses contraintes régulatrices particulièrement idéaliste et insuffisante des exigences d'effectuation de ses objectifs éthiques. Cette insuffisance, comme on le verra ci-dessous, s'exprime de la façon la plus éclatante dans sa théorie de la fonction de juger et du discours d'application en droit. Comme le montre bien, d'ailleurs, la pratique du «public Law litigation», les opérations de «balance des intérêts» auxquelles contraint le contrôle du respect dû aux droits fondamentaux conduit le juge à des interventions qui obligent à dépasser les distinctions traditionnelles entre justifier et appliquer ou entre administrer et juger. En ce sens, l'activisme judiciaire des années 60 et 70 constitue un indépassable.

Il reste que cet activisme judiciaire est resté lui-même pris dans les rets d'une interprétation substantielle qui nous semble inadmissible tant pour des raisons de légitimité que d'efficacité. Le juge n'est-il pas particulièrement inadapté pour prétendre maîtriser les conditions d'application de la norme. Notre approche des limitations contextuelles aide à comprendre pourquoi. Sauf à tomber dans le subjectivisme pratiquement et théoriquement inadmissible, notre hypothèse aide au contraire à voir en quoi, là où les conflits portent sur des représentations potentiellement conflictuelles des formes de vie et des exigences de justice propres au contentieux engageant des conflits de droits fondamentaux,

le juge doit s'assurer le concours d'une régulation négociée dont il peut contrôler le processus réflexif. Ceci exige une théorie de la négociation qui dépasse les croyances habituelles partagées par les conceptions procédurales non seulement des politologues conventionnalistes mais aussi des chercheurs issus du courant ouvert par H.Simon. Ces diverses perspectives, en effet, pour ne pas construire une théorie suffisamment complète de la réflexivité du jugement, ne posent pas les questions des conditions d'une négociation. Ces conditions doivent permettre de mettre en scène les questions de choix collectif impliquées par ce type de contentieux. Elles exigent donc de réfléchir la construction des acteurs et des questions à mettre en discussion, en vue de porter le débat sur les transformations sociales à effectuer pour assurer la réalisation des exigences de justice et de choix des formes de vie appelées par le conflit de droits.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE NORMATIF ET LE DESCRIPTIF EN THÉORIE DU DROIT

Auteur(s) : Luc B. TREMBLAY

Revue : RDUS, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 69-95

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12298>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12298>

Page vide laissée intentionnellement.

LE NORMATIF ET LE DESCRIPTIF EN THÉORIE DU DROIT

par Luc B. TREMBLAY*

SOMMAIRE

PREMIÈRE THÈSE	71
DEUXIÈME THÈSE	76
I. Le point de vue de l'entreprise théorique descriptive	77
II. Le point de vue des agents sociaux	87
CONCLUSION	95

*, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

À la suite de la critique du positivisme juridique par les sciences sociales, notamment l'anthropologie et la sociologie, pouvons-nous encore parler d'une «théorie normative» du droit? Je soutiendrai que la réponse est affirmative, mais la question n'est pas simple. D'une part, la relation entre le positivisme juridique et la théorie normative du droit est complexe. D'abord, la nature même du positivisme juridique est controversée en théorie générale du droit. Ensuite, le sens à donner au concept de «théorie normative du droit» dans le cadre d'une pensée de type positiviste est contesté parmi les théoriciens positivistes du droit. Ma réponse présupposera donc quelques distinctions.

D'autre part, ce que l'on peut nommer «la» critique du positivisme juridique par les sciences sociales recouvre une pluralité de thèses fondées sur des approches, méthodologies et théories concurrentes. Pour les fins de ce texte, toutefois, il ne sera pas nécessaire de pointer vers l'une ou l'autre de ces thèses particulières. Il sera suffisant de penser aux thèses anthropologiques et sociologiques qui remettent en question les thèses positivistes censées décrire les caractéristiques «universelles» du droit, telles l'existence de règles formellement valides et la présence d'une autorité centralisée comme l'État, l'autonomie du système juridique, l'institutionnalisation de la sanction, l'application universelle des normes, et ainsi de suite.

J'avancerai deux thèses. La première se situera dans le cadre d'une pensée positiviste. Je soutiendrai que de ce point de vue, aucune critique par les sciences sociales ne devrait en principe nous empêcher de parler d'une théorie normative du droit. La seconde thèse énoncera qu'aucune théorie descriptive du droit, ni même celles qui procèdent du positivisme juridique, ne peut faire l'économie d'une théorie normative du droit entendue dans ce que je nommerai un sens «fort». De ces deux thèses, la seconde est la plus importante. Aussi occupera-t-elle l'essentiel de mon intervention.

PREMIÈRE THÈSE

Quel peut bien être l'impact de la critique sociologique et anthropologique du positivisme juridique sur la théorie normative du droit, si l'on conçoit cette «théorie normative» dans le cadre d'une pensée positiviste? La réponse est aucun. Mais qu'est-ce que j'entends par pensée positiviste?

Par «positivisme juridique», je pense d'abord et avant tout à une approche du droit fondée sur une thèse épistémologique de type positiviste. Cette approche postule que la connaissance en droit ne peut être vraie que si elle se fonde sur des faits (physiques ou psychologiques) qui existent objectivement dans la réalité extérieure, de sorte que l'on peut, en principe, les observer, les décrire ou les expliquer tels qu'ils sont, sans faire intervenir nos préjugés, nos valeurs ou notre vision du monde, métaphysique ou théologique. Le positivisme juridique présuppose trois thèses : une thèse de la vérité qui énonce qu'une proposition de droit peut être vraie ou fausse selon qu'elle correspond ou pas aux faits (aux aspects ou à la totalité de la réalité juridique empirique indépendante) qu'elle est censée décrire ou expliquer; une thèse métaphysique qui énonce que le droit (ou la réalité juridique) est un «objet» dont la constitution exige une certaine indépendance et objectivité par rapport au théoricien; et une thèse sur la méthode, inspirée des méthodes scientifiques, qui garantit la correspondance entre les propositions de droit et la réalité juridique objective.

Le positivisme juridique procède donc de la raison théorique, et non de la raison pratique. Il est censé produire des théories descriptives du droit, c'est-à-dire des théories qui représentent correctement le droit tel qu'il est, et non pas tel qu'il devrait être¹. C'est pourquoi les théoriciens positivistes ont manifesté

-
1. Selon Joseph Raz : «A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument». J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979 aux pp. 39-40. H.L.A. Hart soutenait que le but de son ouvrage *The Concept of Law* «was to provide a theory of what law is which is both general and descriptive. [...] it is morally neutral and has no justificatory aims : it does not seek to justify or commend on moral and other grounds the forms and structures which appear in my general account of law, though a clear understanding of these is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law». H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon, 1994 aux pp. 239-240. H. Kelsen écrivait que la doctrine appelée «théorie pure du droit» était «libre de tout élément étranger à la méthode spécifique d'une science dont le seul but est de connaître le droit, non de le créer. Une science doit décrire son objet tel qu'il est effectivement, elle s'interdit de prescrire ce qu'il devrait être ou ne devrait pas être sur la foi d'un quelconque jugement de valeur». H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche, Paris, L.G.D.J., 1997 à la p. 46. Bref, comme le soutenait J. Austin, «l'existence du droit est une chose; son mérite en est une autre». J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1954 à la p. 184.

autant d'intérêt pour les sources formelles du droit (les actes des parlements, les décisions judiciaires, les pratiques sociales coutumières, par exemple)² et pour l'articulation de tests fondamentaux (commandements d'un souverain, règle de reconnaissance, norme fondamentale) qui établissent de manière positive et décisive la validité formelle des règles de droit et les conditions de vérité des propositions de droit³.

Cette conception du positivisme juridique axée sur son épistémologie, plutôt que sur l'une ou l'autre des descriptions spécifiques du droit avancées par les théoriciens positivistes, constitue l'une des versions possibles de la thèse positiviste de la «séparation entre le droit et la morale»⁴. Cette version affirme

-
2. J. Raz a nommé cette thèse «the sources thesis» : «A law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments». J. Raz, *ibid.* à la p. 47. Voir aussi, H.L.A. Hart, *ibid.* aux pp. 95, 97, 101, 264-67 à la p. 269 : «According to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law». Voir aussi Kelsen, *ibid.* aux pp. 164-177 à la p. 168 : «Le droit est toujours un droit positif, et son caractère positif vient de ce qu'il est créé et annulé au moyen d'actes accomplis par des êtres humains : il est donc indépendant de la morale ou de tout autre système normatif». Kelsen proposait toutefois un usage particulier du mot «source» du droit, *ibid.* au chap. 10. Selon Austin, «every positive law, or every law strictly so called, is a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number in the character of a political superior», *ibid.*, à la p. 134.
 3. Pour H.L.A. Hart, la règle de reconnaissance «déterminera un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe, et qu'elle devra être soutenue par la pression sociale exercée par ce groupe»; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 à la p. 120. Pour H. Kelsen, «On n'établira qu'une norme appartient à un système de normes donné, à un ordre normatif donné, qu'en s'assurant qu'elle tire sa validité de la norme fondamentale constituant l'ordre. [...] Une proposition de "devoir-être" est une norme valide seulement si elle appartient à un système déterminé de normes valides, si elle est dérivable d'une norme fondamentale supposée valide»; Kelsen, *ibid.* à la p. 165. Selon Austin, une règle est une règle de droit si elle constitue un commandement, c'est-à-dire l'expression d'un désir du souverain dans la communauté politique, soutenue par une sanction. Voir Austin, *ibid.*
 4. L'une ou l'autre des versions de la «thèse de la séparabilité» constitue probablement le trait distinctif du positivisme juridique contemporain, au moins depuis les travaux de Hart. Voir H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals» (1958) 71 Harv. L. Rev. 592. La version privilégiée par Hart semblait plutôt porter sur le contenu du droit : «Nous utiliserons ici l'expression "Positivisme juridique" pour désigner la simple thèse selon laquelle il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou

qu'aucune considération normative fondée sur la justice, la morale ou l'éthique n'entre dans le processus de description du droit de manière à en infléchir la représentation. Le signe distinctif du positivisme juridique est donc son engagement envers la neutralité de l'entreprise théorique elle-même, par opposition à ce que l'on pourrait nommer la «neutralité du contenu du droit». Il s'ensuit que le droit qui fait l'objet d'une description neutre peut ou peut ne pas avoir un contenu conforme au juste, à la morale ou à l'éthique. Ce sont là deux questions distinctes⁵.

Dans le cadre d'une pensée positiviste, le concept de théorie normative du droit peut recevoir au moins deux acceptions : un sens fort et un sens faible. Dans un sens fort, une théorie normative du droit est une représentation «idéale» du droit, censée incarner ou se conformer à certains standards du juste, du bien ou du juste et du bien. Une théorie fortement normative du droit procède toujours d'une certaine éthique politique normative plus fondamentale, tels le droit naturel, l'utilitarisme ou une théorie des droits. La théorie normative du droit dans un sens fort ne tente donc pas de représenter le phénomène juridique tel qu'il est dans les faits. Elle a pour objet de fournir un guide pratique indiquant ce que le droit, en tant qu'institution sociale, devrait être et permettant d'évaluer le caractère acceptable ou inacceptable des ordres juridiques positifs.

Il n'est pas difficile de montrer que la critique du positivisme juridique par les sciences sociales ne peut avoir aucun impact sur cette première conception de la théorie normative du droit. Si le positivisme juridique procède d'une épistémologie de type positiviste, alors les théories fortement normatives du droit sont déjà écartées de son univers scientifique. Il s'ensuit que les critiques que peuvent en faire la sociologie ou l'anthropologie ne peuvent atteindre aucune théorie fortement normative du droit puisque, selon les postulats du positivisme, il n'y en a aucune à réfuter.

Par ailleurs, il arrive que des positivistes reconnaissent la validité d'une certaine théorie normative du droit entendue dans un sens fort aux fins de la

donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait». *Ibid.* à la p. 224.

5. On pourrait reprendre en ce sens la célèbre formule de J. Austin selon laquelle «l'existence du droit est une chose; son mérite en est une autre». Austin, *supra* note 1.

critique morale d'un ou plusieurs ordres juridiques positifs⁶. La critique du positivisme avancée par les sciences sociales peut-elle avoir un impact sur de telles théories fortement normatives? La réponse est encore «non». Puisque les critiques sociologique et anthropologique ont pour cible les représentations positivistes du droit (les diverses descriptions du droit), et puisque ces descriptions ne sont pas censées dépendre des théories fortement normatives qui appuient les critiques morales que les positivistes font eux-mêmes des ordres juridiques positifs, elles ne peuvent atteindre les théories fortement normatives du droit.

Le concept de théorie normative du droit peut cependant être entendu dans un sens faible. C'est d'ailleurs généralement là le sens que lui donnent les théoriciens positivistes. Dans un sens faible, une théorie normative du droit représente une chose qui possède une certaine force normative ou qui est reconnue comme normative à l'intérieur d'une pratique sociale conçue comme extérieure et indépendante du théoricien qui la décrit. La théorie en question demeure descriptive mais elle décrit une chose qui, dans la réalité sociale, est conçue comme normatif. Pour cette raison, une théorie descriptive du droit forme en même temps une théorie normative du droit, bien que dans un sens faible. Les juristes ou les citoyens peuvent donc, à toutes fins utiles, utiliser cette théorie descriptive du droit comme théorie faiblement normative du droit. La théorie du droit avancée par Herbert L.A. Hart, par exemple, est censée décrire le droit tel qu'il se manifeste dans les pratiques sociales. Or, cette théorie tient compte de ce qu'il a nommé le point de vue «interne» des participants à ces pratiques⁷. Il s'ensuit que sa description est censée correspondre à ce qui est effectivement reconnu comme juridiquement obligatoire par ceux qui participent à la pratique. Par conséquent, dans la mesure où elle est vraie, sa théorie descriptive du droit forme en même temps une théorie faiblement normative du droit.

6. En fait, plusieurs théoriciens positivistes ont estimé que l'une des vertus du positivisme juridique était précisément de favoriser la critique morale du droit. Par exemple, J. Bentham cherchait à réformer le droit positif anglais en fonction des principes utilitaristes. Kelsen favorisait la démocratie et plaidait en faveur des droits de la personne. H.L.A. Hart critiquait le droit conformément à une version social-démocrate du libéralisme contemporain.

7. *Supra*, note 3 à la p. 114.

Il me semble assez clair, encore une fois, que la critique du positivisme juridique par les sciences sociales ne peut nous empêcher de parler d'une théorie faiblement normative du droit. Tant et aussi longtemps qu'il existera, à l'intérieur des pratiques sociales, quelque chose de normatif ou reconnue comme juridiquement normatif par les juristes ou les citoyens, on pourra parler d'une théorie faiblement normative du droit. Certes, la sociologie et l'anthropologie peuvent nous convaincre de modifier les représentations positivistes spécifiques du droit. Elles peuvent nous montrer que les types de faits qui sont reconnus comme normatifs dans la société sont beaucoup plus complexes et beaucoup plus riches que ceux que décrivent généralement les théories positivistes. Par exemple, les thèses qui procèdent de ce qu'il est convenu d'appeler le «pluralisme juridique» devraient forcer les positivistes à remettre en question les représentations du droit centrées exclusivement sur l'État, les commandements du souverain et les règles de reconnaissance. Néanmoins, aucune d'entre elles ne devrait avoir pour effet de nous empêcher de parler d'une théorie normative du droit entendue dans un sens faible. Elles ne peuvent que proposer une description des types de faits juridiques socialement reconnus comme normatifs qui soit supérieure à celle qu'admettent généralement les positivistes.

Nous pouvons maintenant affirmer ce qui suit : si l'on se situe dans le cadre d'une pensée positiviste et que nous en acceptons les postulats épistémologiques, nous devons conclure que la critique du positivisme juridique par les sciences sociales ne peut pas nous empêcher de parler d'une théorie normative du droit, que celle-ci soit conçue dans un sens fort ou dans un sens faible. La question qui maintenant se pose est de savoir si les postulats positivistes sont acceptables. En supposant qu'ils ne le soient pas, la conclusion serait-elle la même?

DEUXIÈME THÈSE

Je voudrais maintenant soutenir qu'aucune théorie du droit qui a l'ambition d'expliquer ou de décrire adéquatement le droit, ni même celles qui procèdent du positivisme juridique, ne peut faire l'économie d'une théorie normative du droit entendue dans un sens fort. Je rappelle qu'une théorie du droit fortement normative est une représentation «idéale» du droit qui incarne ou qui se conforme à certains standards du juste, du bien ou du juste et du bien.

Par conséquent, même en présupposant que les postulats épistémologiques positivistes ne sont pas acceptables, la critique du positivisme juridique par les sciences sociales ne peut pas nous empêcher de parler d'une théorie normative du droit entendue dans un sens fort. Au contraire, le caractère inadéquat des postulats positivistes démontre que les théories fortement normatives du droit doivent nécessairement faire partie des discussions théoriques sur le droit.

Cette thèse peut se démontrer de deux points de vue : celui de l'entreprise théorique qui consiste à décrire ou expliquer le droit et celui des agents sociaux qui le mettent en pratique. Des deux points de vue, le second est le plus fécond, car si la thèse est vraie, il rejaillit sur l'entreprise théorique elle-même.

I. Le point de vue de l'entreprise théorique descriptive

Si l'objectif du théoricien descripteur est de représenter le droit tel qu'il est dans la réalité sociale, le droit doit pouvoir constituer un objet d'étude spécifique. Mais comment délimiter cet objet d'étude? Le phénomène juridique, tel qu'il se manifeste empiriquement, comprend un tas d'éléments : des règles écrites et non écrites, des institutions, des pratiques, des intentions, des raisonnements, des idéaux, des appels à la justice, des valeurs, des critiques, des contraintes, des rapports de force, de pouvoir et de domination, des luttes d'intérêt, des actes de violence, des statuts sociaux, des frustrations, des peines, des joies, des privations, des attentes dites légitimes, des avantages, des symboles, des réciprocités, etc. Qu'est-ce qui, dans ce phénomène extrêmement complexe, compte comme propriétés essentielles ou constitutives de l'«objet» que cherche à décrire le théoricien du droit? Comment les établir? Sur la base de quelles considérations un théoricien peut-il fonder la représentation du droit sur les «sources» plutôt que sur les raisonnements, sur les contraintes plutôt que sur les idéaux, sur les institutions plutôt que sur les réciprocités? Il est évident que le théoricien ne peut simplement dire qu'il l'a fondée sur la base des faits objectifs constitutifs du droit qu'il a observés empiriquement, puisque c'est précisément l'existence et la nature de ces faits que le théoricien doit d'abord établir.

Le droit, quel qu'il soit, n'est pas une donnée objective solide de la réalité sociale, ni en tant qu'objet d'études, ni en tant que fait, ni en tant

qu'«essence». Toute description du droit constitue une construction de l'objet décrit. Le théoricien descripteur doit donc nécessairement faire un choix parmi tous les éléments que manifeste le phénomène juridique, et le choix des éléments qui, en bout d'analyse, sont acceptés comme constitutifs du droit présuppose nécessairement l'acceptation d'un certain point de vue normatif. Pour cette raison, décrire le droit consiste toujours à le caractériser d'un certain point de vue normatif, interne à l'entreprise théorique elle-même.

Il se pourrait que cette assertion relève du truisme, tant il est admis dans la philosophie des sciences contemporaines que les «faits» que nous considérons être objectifs sont assujettis aux théories qui servent à les décrire⁸. Pourtant, les postulats positivistes présupposent logiquement que les propriétés essentielles ou constitutives du droit sont, d'une certaine manière, «déjà là», posées en tant que données objectives «connaissables» de la réalité sociale, indépendamment de tous points de vue normatifs autres que ceux que prescrivent les postulats épistémologiques de type positiviste. Ils ignorent ainsi, ou nient carrément, les formes de dépendance du descriptif envers le normatif⁹.

On pourrait objecter que le seul point de vue qui compte est le «point de vue interne» des acteurs qui participent à la pratique du droit. Dès lors, le théoricien descripteur n'aurait pas à caractériser le droit d'un point de vue normatif. Il n'aurait qu'à reconnaître comme constitutifs du droit les éléments que les acteurs sociaux engagés dans la pratique du droit reconnaissent déjà eux-mêmes. Cette objection serait peut-être valable si les éléments constitutifs du droit reconnus par les acteurs sociaux étaient univoques. Or, ce n'est pas le cas. Le point de vue interne reproduit la même complexité que celle que manifeste le phénomène juridique lui-même. On y reconnaît les mêmes éléments (règles,

8. Voir, par exemple, N. Goodman, *Ways of Worldmaking*, Indianapolis, Hackett, 1978 à la p. 97 : «Facts [...] are as theory-laden as we hope our theories are fact-laden». Voir aussi Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 chap. 9; W.V.O. Quine, *Le mot et la chose*, Paris, Flammarion, 1977 au chap. I.

9. Voir, généralement, *supra* note 1. H. Kelsen, par exemple, expliquait sa théorie pure du droit en ces termes : «Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique.» H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 1.

institutions, pratiques, intentions, raisonnements, idéaux, appels à la justice, valeurs, critiques, contraintes, rapports de force, pouvoir domination, luttes d'intérêts, violence, statuts, frustrations, peines, joies, privations, attentes dites légitimes, avantages, symboles, réciprocités, etc.). Il s'ensuit que le théoricien descripteur doit encore choisir, parmi tous les éléments du phénomène juridique que reproduit le point de vue interne, ceux qui comptent comme propriétés essentielles du droit. Puisqu'il n'est pas possible de discriminer entre eux en se fondant sur une observation neutre de la réalité juridique empirique, le théoricien doit encore établir le point de vue normatif en vertu duquel le droit que l'on cherche à décrire en tenant compte du point de vue interne doit être caractérisé.

La question pertinente devient donc la suivante : peut-on, du point de vue normatif interne à l'entreprise théorique elle-même, faire l'économie d'une théorie normative du droit entendue dans un sens fort? Mon hypothèse est que ce n'est pas possible. Le droit, quel qu'il soit, ne peut être établi comme «objet» et les propriétés constitutives du droit, quelles qu'elles soient, ne peuvent être établies comme «faits», sans présupposer la validité ou la justification d'une conception fortement normative du droit. Bien que cette conception puisse prendre diverses formes, elle indique toujours la raison d'être, la finalité ou les valeurs morales, éthiques, ou morales et éthiques, substantielles qu'est censé servir le droit. Ce sont ces types de considérations qui, de manière générale, guident le chercheur dans le processus de construction du droit. Il s'ensuit qu'une théorie descriptive du droit, même positiviste, incarne généralement une théorie fortement normative du droit.

Il est évident que la force de cette dernière assertion ne peut être démontrée empiriquement à l'égard de toutes les théories positivistes. D'une part, ces dernières sont si nombreuses que toute démonstration empirique serait vouée à l'échec. D'autre part, les théoriciens positivistes ne parlent généralement pas de leurs prémisses fortement normatives. On l'a dit, compte tenu de leurs postulats épistémologiques, ils ne sont pas censés en avoir. Néanmoins, il arrive que les prémisses fortement normatives des théoriciens positivistes apparaissent, et peuvent être reconstruites, au détour d'une discussion incidente.

Dans ce qui va suivre, j'appuierai cette dernière assertion en me servant de la théorie positiviste de Herbert L.A. Hart. Deux raisons motivent ce choix. La première est l'importance qu'a eu cette théorie sur la pensée positiviste contemporaine : Hart est généralement considéré comme «the most influential modern positivist in the English-speaking world»¹⁰. La seconde raison réside dans le fait que Hart lui-même concevait son ouvrage *The Concept of Law*, publié en 1961, comme un «essai de sociologie descriptive»¹¹. Or, dans le *Postscript*, publié en 1994, il revient sur le but de cet ouvrage qui était de fournir une théorie «of what law is» qui est à la fois générale et descriptive.

It is *general* in the sense that it is not tied to any particular legal system or legal culture, but seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (and in that sense 'normative') aspect. [...] My account is *descriptive* in that it is morally neutral and has no justificatory aims : it does not seek to justify or commend on moral and other grounds the forms and structures which appear in my general account of law, though a clear understanding of these is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law.¹²

Pourtant, à l'occasion d'une discussion sur la validité juridique des règles de droit injustes et immorales, Hart énonçait les considérations normatives qui militaient en faveur du concept positiviste de droit¹³. Un concept positiviste de droit est large : il ne fait pas dépendre la validité juridique des règles de droit de leur validité morale. Le concept de droit concurrent, provenant de la théorie du Droit naturel, est plus étroit; la validité ou la qualité de droit n'est reconnue qu'à des règles qui n'imposent ou ne permettent pas des iniquités. Comment choisir entre les deux concepts de droit? Hart soutenait que le choix n'est pas un problème d'ordre linguistique sur l'usage correct du mot «droit». C'est un problème de «choix raisonné» portant sur les «mérites comparés» du concept large et du concept étroit, compte tenu de la supériorité

10. K. Greenawalt, «Too Thin and Too Rich : Distinguishing Features of Legal Positivism» dans R. P. George, dir., *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996 aux pp. 3-4.

11. Voir *supra* note 1, préface.

12. Voir *supra* note 1 aux pp. 239-240.

13. Voir *supra* note 3, chap. 9.

de l'un sur l'autre dans nos recherches théoriques et scientifiques ou dans la façon de faire avancer et de clarifier nos délibérations morales¹⁴. Qu'est-ce qu'on gagne sur le plan scientifique ou sur le plan de la délibération pratique à ne pas faire dépendre la validité juridique des règles de leur validité morale? Sa réponse était limpide : on y gagne en *clarté* dans la formulation même des problèmes théoriques et pratiques et, par voie de conséquence, dans leurs modes de solution.

Je soumets que ces considérations engageaient déjà l'entreprise théorique hartienne depuis le tout début et non pas uniquement «en bout d'analyse» en vue de comparer deux concepts du droit concurrents qui seraient «déjà» construits sur la base de considérations moralement neutres. Hart ne faisait jamais qu'observer des faits objectifs. Il les construisait toujours à partir d'un point de vue normatif qui valorisait la clarté conceptuelle. Or, je soumets que cette considération normative révélait l'engagement du théoricien envers un idéal fondamental qu'on pourrait associer à la «certitude juridique». Cet idéal a pour objet permettre aux citoyens de connaître d'avance les règles de droit, de planifier leur conduite en conséquence et de déterminer sans confusion quelles règles juridiques sont injustes, de manière non seulement à les critiquer rationnellement, mais aussi à décider lesquelles méritent d'être obéies.

La certitude juridique est un idéal moralement et éthiquement chargé. D'une part, il incarne une certaine conception éthique de l'être humain, conception qui lui reconnaît des capacités qui méritent le respect, telles la rationalité, la liberté et la responsabilité personnelle en tant qu'agent moral. Hart exprimait cette idée en soutenant que seul un concept positiviste de droit permettait de maintenir la conscience individuelle que certaines règles de droit pouvaient constituer un abus de pouvoir et, en conséquence, ne pas mériter d'être obéies :

La chose qui est de loin la plus nécessaire pour rendre les gens clairvoyants lorsqu'ils sont en présence de l'abus de pouvoir d'une autorité, c'est qu'ils gardent la conscience de ce que l'assurance de la validité juridique n'est pas décisive quant au problème de l'obéissance, et que, quelle que soit la dimension de l'aura de majesté

14. *Ibid.* aux pp. 249-250.

ou d'autorité que puisse avoir le système officiel, ses exigences doivent finalement être soumises à un examen moral minutieux. Cette conscience de ce qu'il y a, en dehors du système officiel, quelque chose à quoi l'individu doit se référer en dernier ressort pour résoudre ses problèmes d'obéissance, a sûrement plus de chances de se maintenir en vie parmi ceux qui sont habitués à penser que des règles de droit peuvent être iniques, que parmi ceux qui pensent que rien d'inique ne peut jamais avoir le statut de droit.¹⁵

D'autre part, l'idéal de certitude juridique incarne une conception fortement normative du droit qu'on pourrait associer à ce que j'ai nommé ailleurs la «primauté du droit comme certitude»¹⁶. Cette conception de la primauté du droit a accompagné le libéralisme depuis le tout début de son histoire et son idéaltype fait du droit un système de règles générales, claires et prospectives. Mais il y a plus. Cette conception normative du droit indique aussi que toute description du droit doit le représenter comme un fait objectif, *out there*, entièrement constitué d'éléments «formels», c'est-à-dire de ses aspects les plus «factuels» ou empiriquement les plus solides. Le droit positif devait donc être conçu exclusivement comme une forme, existant indépendamment de tout contenu. Or, en postulant que le droit n'est qu'une structure formelle, on le concevait d'une manière telle qu'il permettait à ceux et celles qui détiennent le pouvoir d'en faire substantiellement ce qu'ils veulent. Le contenu du droit n'était plus qu'une affaire contingente, qu'une affaire de volonté, de souveraineté, de commandement ou de pouvoir.

Cette conception normative du droit incarne ou procède donc d'une certaine conception de la morale politique et de l'État. Mais elle peut aussi la dépasser. En l'occurrence, elle participe à cet ensemble de valeurs éthiques héritées de la révolution scientifique commencée au 17^e siècle qui attribuaient aux êtres humains non seulement une forme d'autonomie «désengagée» par

15. *Ibid.* à la p. 251. Hart soutenait aussi que seul un concept positiviste de droit permettait d'éviter une simplification excessive de la diversité et de la complexité des questions morales qui s'entremêlent dans une délibération morale sur l'obéissance au droit. Une loi peut être injuste au mérite et néanmoins mériter d'être obéie pour des motifs séparés, tels le principe démocratique, la maxime *nulla poena sine lege*. *Ibid.* aux pp. 251-252.

16. Voir L. B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice and Interpretation*, Montréal, McGill-Queens University Press, 1997 au chap. 5.

rapport à toutes finalités substantielles objectives, mais aussi une capacité de contrôler et de changer le monde¹⁷. La philosophie politique de Thomas Hobbes illustre assez bien ce point. Hobbes pensait que la science du politique devait permettre aux êtres humains de contrôler et réorganiser les affaires humaines en fonction de leurs propres buts, tout comme les sciences naturelles leur permettaient de contrôler et réorganiser le monde naturel. Or, comme on sait, sa théorie politique était axée sur la volonté du souverain qui constitue la source unique du droit¹⁸.

Cette imbrication des considérations épistémologiques descriptives et des considérations normatives traversait la quête théorique de Hart qui consistait à discriminer entre tous les éléments du phénomène juridique qui pourraient autrement en constituer l'objet. L'articulation des règles primaires et secondaires, chapeautée d'une «règle de reconnaissance» qui énonçait les critères obligatoires permettant d'identifier les règles primaires, avait pour objet de remédier à l'«incertitude» causée par un régime dans lequel il n'y aurait que des règles primaires d'obligation.¹⁹ Les règles de changement et de décision remédiaient au caractère statique et inefficace d'un tel régime en permettant de modifier volontairement les règles de droit et de juger et sanctionner les transgressions²⁰. De même, l'emphasis sur la texture ouverte des règles de droit, constituées d'un noyau de sens clair, autorisait le processus de raisonnement formel dans la grande majorité des cas et favorisait, en conséquence, la certitude juridique²¹. Et ainsi de suite. Certes, en se cachant derrière des postulats épistémologiques de type positiviste, la conception fortement normative du droit permettait au théoricien de discriminer entre tous les éléments potentiellement constitutifs du droit comme si la discrimination avait un fondement scientifique objectif. Mais c'était trompeur; la conception fortement normative du droit guidait la recherche. Elle impliquait nécessairement que seules les descriptions

-
17. Ce point est un thème récurrent dans l'oeuvre de C. Taylor. Voir, par exemple, C. Taylor, *Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers 2*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, en part. «Introduction» et chaps 3 et 4. Voir aussi C. Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, en part. chap. 1.
18. T. Hobbes, *Leviathan*, Oxford, Blackwell, 1960. Voir, par exemple, G. H. Sabine et T. L. Thorson, *A History of Political Theory*, New York, Holt Rinehart and Winston, 1961.
19. *Supra* note 3 à la p. 120.
20. *Ibid.* aux pp. 121-123.
21. *Ibid.*, chap. VII.

du droit qui s'y conformaient étaient bonnes. C'était donc «bien», tant sur le plan de la morale politique que sur celui de l'éthique, que de concevoir le droit en termes de structure formelle, de règle de reconnaissance, de validité formelle, de noyau de sens clair, etc.

Cette argumentation fondée sur la théorie de Hart ne prouve évidemment pas que toutes les théories positivistes du droit dépendent d'une théorie normative du droit. Mais nous avons de bonnes raisons de le penser. Jeremy Bentham et John Austin, par exemple, fondaient leur positivisme sur des bases normatives de type utilitariste²². Bentham craignait qu'une lecture plus substantielle du droit n'encourage les anarchistes à désobéir aux lois qu'ils estiment injustes et les réactionnaires à tuer les critiques morales du droit avant même qu'elles ne commencent. Joseph Raz a soutenu que, parmi les raisons qui appuie la thèse des sources, il y a le fait qu'elle aide à saisir l'une des fonctions fondamentales du droit : marquer le point auquel une opinion privée de certains membres de la communauté lie les autres membres de la communauté, nonobstant leur désaccord. Or, le droit le fait et ne peut le faire que «by providing publicly ascertainable ways of guiding behaviour and regulating aspects of social life»²³. L'argument semble moralement neutre en ce qu'il n'a pour objet que de mettre en lumière une fonction sociale du droit. Mais c'est trompeur. L'importance de bien saisir cette fonction sociale, par opposition à

22. Hart lui-même l'admettait : «In considering these questions we should recall the social philosophy which went along with the Utilitarians' insistence on this distinction (between law as it is and law as it ought to be). They stood firmly but on their own utilitarian ground for all the principles of liberalism in law and government. No one has ever combined, with such even-minded sanity as the Utilitarians, the passion for reform with respect for law together with a due recognition of the need to control the abuse of power even when power is in the hands of reformers. [...] Bentham and Austin were not dry analysts fiddling with verbal distinctions while cities burned, but were the vanguard of a movement which laboured with passionate intensity and much success to bring about a better society and better laws. Why then did they insist on the separation of law as it is and law as it ought to be? [...] Both thinkers' prime reason for this insistence was to enable men to see steadily the precise issues posed by the existence of morally bad laws, and to understand the specific character of the authority of a legal order.» Hart, *supra* note 4 aux pp. 592, 595-97.

23. Raz, *supra* note 1 à la p. 51.

d'autres, n'est soutenue et n'a de sens que dans le cadre d'une conception fortement normative du droit²⁴.

On pourrait multiplier les exemples²⁵. Il existe une dépendance de la description envers la théorie normative du droit. Cette dépendance montre en outre qu'il existe un lien entre le droit et la morale politique que l'on pourrait qualifier de nécessaire. Cela ne signifie évidemment pas que le contenu du droit doit toujours être conforme à la morale pour être juridiquement valide. Mais cela signifie que ce que le droit est – ce qui le constitue formellement – dépend de ce qu'il doit être. Il est donc légitime de questionner les fondements éthiques et moraux qui sous-tendent les théories descriptives du droit, telles les théories positivistes. Un théoricien descripteur ne peut plus se défilier en disant simplement que le normatif ne le concerne pas, car il ne cherche qu'à expliquer ou décrire le droit. Le «point de vue de nulle part» est une position intenable.

24. «Law is a public measure by which one can measure one's own as well as other people's behaviour. It helps to secure social co-operation [...] through designating in an accessible way the patterns of behaviour required for such co-operation. This fact has been emphasized by many natural lawyer for it forms part of the justification of the need for positive law. Locke is a prominent and well-known example. Hart more than anybody else emphasized the point among legal positivists. [...] [M]arking a rule as legally binding is marking it as an authoritative ruling. This marking-off of authoritative rulings indicates the existence in that society of an institution or organization claiming authority over members of the society that is holding them bound to conform to certain standards just because they were singled out by that purported authority regardless of whether or not they are justifiable standards on other grounds.» Raz, *ibid*.

25. Dans *Théorie générale*, *supra* note 1, par exemple, Kelsen énonce que le but que poursuit la théorie générale du droit est de «permettre au juriste, qu'il soit avocat, juge, législateur ou professeur de droit, de comprendre et de décrire son propre droit positif avec la plus grande exactitude possible» à la p. 45. Dès les premières pages de cet ouvrage, il postule que le droit est «un ensemble de règles doué d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système» à la p. 55 et qu'aucune raison «scientifique» ne permet d'exclure l'autocratie et le socialisme, par exemple, d'une définition du concept de droit à la p. 57. À son avis, le droit, «en tant que problème scientifique, n'est pas une question de morale mais de technique sociale» à la p. 57. Il est aussi difficile de savoir d'où Kelsen tient cet ensemble d'assertions que d'admettre qu'elles sont elles-mêmes «scientifiques». Je soumets que l'ensemble d'assertions qui présuppose que le droit est une affaire de technique sociale, constituée de règles douées d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système, repose sur une conception fortement normative du droit. Cette dernière reflète un engagement normatif semblable à celui des positivistes anglo-saxons.

Ce qu'il y a de critiquable dans les théories positivistes du droit n'est donc pas le fait qu'elles approchent le droit sans tenir compte d'une théorie fortement normative du droit. Elles en ont probablement toujours tenu compte. C'est plutôt le fait de cacher leurs propres postulats fortement normatifs sous le couvert de postulats épistémologiques intenable, mettant fin, une fois pour toutes, aux débats sur les enjeux normatifs moraux et éthiques qu'ils dictaient. Il ne sert donc à rien de dire, à la suite de Hart, qu'une théorie descriptive «does not seek to justify or commend on moral and other grounds the forms and structures which appear in my general account of law». L'arrière-plan normatif est toujours enfoui à quelque part dans la description du droit, même lorsque l'objectif avoué de la théorie n'est pas de «justifier» normativement les formes ou les structures qui sont représentées comme constituant les propriétés essentielles du droit²⁶. Une justification explicite devrait donc avoir lieu. À mon avis, c'est certainement là le sens qu'il faut donner à la suggestion de Ronald Dworkin de lire les théories positivistes comme si elles constituaient des théories «interprétatives» conçues pour décrire et justifier la pratique juridique, notamment le pouvoir coercitif de l'État.²⁷

II. Le point de vue des agents sociaux

Mais il y a une raison plus importante qui montre pourquoi une théorie descriptive adéquate du droit ne peut pas faire l'économie d'une théorie normative du droit, entendue dans un sens fort. Cette raison s'infère d'une

26. On pourrait objecter que le lien nécessaire entre le droit et la morale n'a pas le sens qu'on lui donne car il s'agit de la morale du théoricien et non pas de la morale objective. À mon avis cette objection est confuse. D'une part, si cela était le cas, il suffirait de plaider que la morale n'est pas objective pour rejeter une fois pour toute la thèse du lien entre le droit et la morale. Or, les tenants de cette thèse admettent que la morale qui pourrait constituer le lien nécessaire entre le droit et la morale est toujours une morale qui est interprétée par les théoriciens descripteurs. Il peut certes exister une morale objective qui transcende les interprétations, celle vers laquelle on tend, celle que l'on cherche ou prétend avoir trouvée lorsque l'on plaide en faveur de telle ou telle interprétation. Il n'en demeure pas moins que le jugement moral avancé par untel à un moment précis constitue une interprétation de la morale. Il en va de même pour le théoricien. Il avance celle qu'il croit être la bonne, aux fins de sa recherche, même si il peut se tromper, d'où l'intérêt de débattre de ces questions, d'ailleurs.

27. R. M. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Massachusetts), Belknap Press, 1986.

analyse du point de vue des agents sociaux qui mettent le droit en pratique, c'est-à-dire du point de vue «interne».

La recherche en théorie générale du droit peut viser plusieurs finalités. Néanmoins, l'une de ses préoccupations centrales demeure la question de la «normativité juridique» (ou ce qu'on pourrait nommer l'explication des «prétentions normatives du droit»). Dans une très large mesure, les questions importantes auxquelles tente de répondre la théorie générale du droit, que la recherche ait l'ambition «scientifique» de décrire le droit en général ou qu'elle ait l'ambition plus «pratique» de contribuer à la détermination des droits, des obligations, des pouvoirs ou des responsabilités juridiques des citoyens, présupposent toutes (explicitement ou implicitement) une réponse à la question de la normativité juridique²⁸. Or, il n'apparaît plus particulièrement fécond, aujourd'hui, d'aborder cette question sans tenir compte du point de vue des agents sociaux qui mettent le droit en pratique. Pour cette raison, une description adéquate du droit, quelle qu'elle soit par ailleurs, doit rendre compte de la normativité du droit en tenant compte de ce qu'elle signifie du point de vue interne.

Il est généralement admis aujourd'hui, même par les théoriciens positivistes, que, du point de vue des agents sociaux qui agissent conformément au droit, le droit est reconnu ou conçu comme un phénomène normatif, au moins dans un sens faible. Qu'est-ce que cela signifie? Cela ne signifie évidemment pas que le droit décrit des modèles de conduite, des manières de faire, de se comporter ou de penser qui sont, dans les faits, conformes dans la majorité des cas. Pour les agents sociaux qui mettent le droit en pratique, la normativité du droit n'est pas conçue dans un sens descriptif ou sociologique. La normativité du droit signifie plutôt que, pour les agents sociaux qui agissent conformément au droit, le droit énonce, comprend, constitue ou renvoie à un ensemble de raisons d'agir ou de décider. La normativité du droit est conçue dans un sens prescriptif. Elle se rapporte à des faits – des normes – qui, en tant que tels, sont conçus par les agents sociaux qui mettent le droit en pratique comme devant être considérés dans le processus par lequel ils déterminent quelles décisions doivent être prises ou quels actes doivent être posés.

28. Il est évident que cette question est au centre des réflexions théoriques positivistes.

Je soumets que la normativité du droit ne peut se révéler pleinement que dans ce que je nommerai le «moment proprement pratique» du droit. J'entends par «moment proprement pratique» le moment de la mise en pratique du droit dans une situation donnée. C'est le moment où la raison applique à un cas particulier les raisons d'agir et de décider dites «juridiques». En d'autres mots, c'est quand un juriste ou un citoyen répond rationnellement à la question «que dois-je faire?» dans une situation donnée et veut agir en conséquence. C'est le moment du jugement pratique, de la prise de décision et de l'action correspondante. Comprendre la normativité du droit du point de vue interne demande donc de comprendre ce qui se passe dans le moment proprement pratique.

Les postulats épistémologiques d'une théorie positiviste du droit ne permettent pas de saisir adéquatement le moment proprement pratique du droit. D'une part, ce moment n'est ni observable ni vérifiable empiriquement. Il est invisible de l'extérieur. Il procède dans un espace de la raison qui ne se révèle à nous que par l'expérience personnelle, la réflexion et l'introspection dans un contexte pratique donné. D'autre part, le moment proprement pratique ne procède pas formellement. Il procède substantiellement d'une manière dynamique. Il consiste à soupeser ou évaluer le poids relatif de *toutes* les considérations normatives qui ont quelque chose de pertinent à dire sur «ce qu'il convient de faire ou de décider» dans une situation donnée, de manière à juger, décider et agir, conformément à celles qui ont le plus de poids. Or, en s'en tenant à ce qui est observable et vérifiable empiriquement, les théories descriptives du droit réduisent le moment pratique à ses aspects les plus formels, c'est-à-dire les aspects les plus visibles, ceux qui se voient de l'extérieur, tels les raisonnements déductifs ou analogiques formels fondés sur des règles de droit formellement valides, les règles d'interprétation colligées dans les ouvrages sur l'interprétation des lois, les décisions discrétionnaires et les justifications judiciaires formulées *a posteriori*.

Les théories positivistes du droit postulent en outre que les décisions et les actions des juristes et des citoyens peuvent être réglées par le droit positif exclusivement, au moins lorsque ce dernier est clair. Cela présuppose que la raison pratique peut séparer formellement, logiquement ou *a priori*, les raisons juridiques des raisons morales, des raisons éthiques, des raisons pragmatiques

ou de tout autre type de raison normative. Chaque type de raison occuperait ainsi un espace distinct et indépendant de la raison pratique et pourrait agir en toute autonomie. Comme le soulignait Eisenman :

Que le moraliste professe un point de vue tout autre, qu'il puisse affirmer le droit, voire l'obligation morale de ne pas obéir aux lois ou aux ordres injustes ou oppressifs ou immoraux, [...] cela est absolument normal; cette dualité de positions correspond à l'autonomie, à l'indépendance des deux systèmes normatifs, dont chacun considère qu'il vaut par lui-même et se soucie peu de son conflit ou de ses rapports avec l'autre. Pour le juriste, l'attitude du droit positif lui dicte la sienne : son jugement sur la valeur des règles de ce droit au regard du 'Droit naturel' n'a pas à intervenir dans les problèmes de casuistique ou dogmatique juridiques. Ses analyses, ses conclusions doivent être fondées sur le seul système du droit positif, dont il fait la science, non sur celles d'un autre système dont le premier ignore l'éventuelle existence.²⁹

Je soumets que cette forme de «séparation» entre le droit et la morale, le droit et l'éthique ou le droit et le pragmatique, est intenable. Il n'existe aucune séparation étanche, formelle, logique, ou *a priori* entre les divers types de considérations pertinentes, que ces considérations soient des règles juridiques formelles, des raisons pragmatiques, éthiques ou morales. La raison pratique forme une unité. Dès qu'une considération pratique a quelque chose de pertinent à dire sur «ce qu'il convient de faire ou de décider» dans une situation donnée, elle intervient substantiellement dans le processus de raisonnement pratique. Il s'ensuit que les considérations pertinentes s'ajustent, et doivent s'ajuster les unes aux autres. Lors du moment proprement pratique, elles s'harmonisent, deviennent interdépendantes et se soutiennent mutuellement. Le statut que doivent avoir les règles de droit formellement valides dans les

29. C. Eisenman, «Le juriste et le Droit naturel» dans H. Kelsen, *Le Droit naturel*, Paris, Presses universitaires de France, 1959 aux pp. 216-217. Certes, un positiviste pourrait admettre que des justifications morales, éthiques ou pragmatiques pourraient soutenir la position positiviste d'un point de vue interne. Néanmoins, puisque ces autres considérations occuperaient un espace distinct et indépendant de la raison pratique, elles ne seraient pas nécessaires au jugement pratique : l'action du juriste serait réglée par le droit positif exclusivement. Il s'ensuit qu'il en serait de même si la morale ou l'éthique n'existait pas.

décisions pratiques, l'interprétation de leur contenu et la décision de se soumettre aux règles de droit dont le sens apparaît suffisamment clair requièrent, pour celui qui met le droit en pratique, une justification substantielle plus fondamentale qui fait appel à la complexité de toutes les considérations pratiques pertinentes.

Du point de vue du moment proprement pratique, et bien qu'il ne soit pas possible de démontrer empiriquement la vérité de cette hypothèse, il n'existe donc rien de tel que cette autonomie et indépendance des systèmes normatifs présumées par les positivistes. Il est tout aussi faux de croire que l'attitude du droit positif dicte exclusivement l'attitude des agents sociaux qui le mettent en pratique qu'il est faux de croire que les types de raisons d'agir peuvent valoir par eux-mêmes sans se soucier de leurs rapports avec les autres types de raisons d'agir. Lors du moment proprement pratique, les raisons de décider et d'agir s'éclairent les uns les autres et tendent à se soutenir mutuellement. Par exemple, le statut ou le sens que doivent avoir les règles de droit formellement valides dans une situation donnée peut dépendre de considérations morales. Inversement, le statut et le poids que doivent avoir les considérations morales, éthiques ou pragmatiques qui ont quelque chose de pertinent à dire sur ce qu'il convient de faire dépendent en partie du contenu provisoirement attribué aux règles de droit formellement valides.

Admettons donc, pour les fins de la discussion, que la raison pratique forme une unité. Y a-t-il des types de considérations qui, lors du moment proprement pratique, ont rationnellement plus de poids que les autres? À mon avis, la réponse est oui. Elles se trouvent du côté des considérations morales, éthiques ou morales et éthiques. Encore une fois, il n'est pas possible de démontrer empiriquement la vérité de cette hypothèse, bien que plusieurs travaux contemporains sur le raisonnement et l'argumentation juridiques l'appuient considérablement³⁰. Néanmoins, on peut avancer une raison fondamentale de croire qu'elle est bien fondée.

On a déjà rappelé que la normativité du droit entendue dans un sens faible signifiait, pour les agents sociaux qui la reconnaissent et agissent en

30. Je pense, par exemple, aux travaux de C. Perelman ou de N. MacCormick.

conséquence, que le droit constitue, énonce, comprend ou renvoie à un ensemble de raisons d'agir ou de décider. Or, une considération donnée ne peut rationnellement constituer une raison d'agir ou de décider que si elle exprime, entraîne, promeut ou protège quelque chose ou un état de chose jugé désirable. C'est d'ailleurs pourquoi l'une des caractéristiques logiques du raisonnement pratique est de comporter au moins une prémisse normative (évaluative ou prescriptive) en plus des prémisses non normatives qui se rapportent à la situation de fait dans laquelle la décision doit être prise ou l'acte posé. Des considérations données ne peuvent donc rationnellement compter comme raison d'agir et de décider que si elles possèdent en elles-mêmes une certaine force normative. Autrement, elles n'exerceraient aucun poids dans le processus de décision pratique³¹.

Il s'ensuit, pour ceux qui la reconnaissent comme telle, qu'une raison d'agir est un «fait» en vertu duquel, logiquement, l'acte ou la décision qu'elle justifie (soutient, appuie, favorise ou exige) est un bien. Ainsi, un agent social qui reconnaît telle règle de droit comme une raison formelle d'agir dans telle situation reconnaît nécessairement que c'est une bonne chose que de l'appliquer formellement dans cette situation. Pour celui-là, il existe de bonnes raisons de se soumettre à la règle; l'obéissance à la règle de droit formellement valide est conçue, dans cette situation, comme désirable. Lorsqu'un agent interprète une règle de droit ambiguë dans un sens donné, au détriment de tous les autres sens possibles, il présuppose nécessairement que c'est une bonne chose que de privilégier cette interprétation et d'agir en conséquence. En d'autres mots, il croit qu'il y a de bonnes raisons de favoriser cette interprétation au détriment de toutes les autres. De même, lorsqu'un juge conclut qu'une règle de droit doit être écartée ou invalidée pour des motifs constitutionnels ou autres motifs, il a jugé que c'est un bien que cette règle de droit soit invalidée. Il croit, en prenant tout en considération, qu'il y a de bonnes raisons d'invalidiser la règle de droit.

Cet ensemble d'assertions ne fait qu'affirmer un point logique : les considérations pratiques s'imposent à la raison humaine parce qu'elles sont intrinsèquement normatives, c'est-à-dire parce qu'elles engagent les agents

31. Pour ces motifs, les raisons d'agir et de décider sont ce en vertu de quoi le droit est normatif, c'est-à-dire ce en vertu de quoi la normativité du droit est «normative».

sociaux vers la promotion ou la protection de quelque chose de désirable. La question qui se pose maintenant est plus substantielle. Existe-t-il des types de considérations normatives qui, lors du moment proprement pratique, pèsent systématiquement et fondamentalement dans la détermination de ce qu'il convient de faire et de décider? En particulier, existe-t-il des types de considérations normatives qui, systématiquement et fondamentalement, permettent de discriminer entre les raisons pratiques qui ont quelque chose de pertinent à dire sur la décision de se soumettre à telle règle de droit formellement valide ou de l'écarter au bénéfice d'une autre ou de privilégier telle interprétation au détriment de toutes ses concurrentes? La réponse est affirmative. Ces considérations sont d'ordre moral, éthique ou morale et éthique. Pour les agents sociaux qui mettent le droit en pratique, toutes les considérations qui ont quelque chose de pertinent à dire sur ce qu'il convient de faire ou de décider dans une situation donnée sont fondamentalement et systématiquement lues, interprétées, comprises, reconstruites et ajustées les unes aux autres par un ensemble de considérations éthiques, morales ou éthiques et morales. Par conséquent, du point de vue interne, ce qui donne au droit sa normativité est le fait qu'il s'appuie, exprime, favorise, promeut ou incarne des valeurs fortement normatives qui se rapportent au juste et au bien.

Certes, la nature et le poids relatif de ces valeurs morales et éthiques sont contestés par les juristes et les citoyens, non seulement dans l'abstrait, mais aussi en contexte. Un agent qui affronte le moment proprement pratique doit donc déterminer, aux fins de la situation dans laquelle une décision doit être prise ou un acte posé, la signification respective et le poids relatif de chaque considération morale ou éthique pertinente. Pour tel agent, dans telle situation, l'ordre public doit ultimement prévaloir. Pour tel autre, ce sont la certitude et la sécurité juridique. Pour une autre, ce sont les attentes légitimes qui doivent être satisfaites. Pour un autre, c'est la justice formelle. Pour vous, le bien-être général au sens du plus grand bonheur pour le plus grand nombre doit primer. Pour nous, c'est plutôt l'égalité des chances. Il y a là de toute évidence matière à débat. Et rien n'est jamais acquis. Chaque situation nouvelle emporte avec elle son lot de nouvelles questions normatives complexes et de nouvelles réponses. Cependant, dans tous les cas, les considérations ultimes qui permettent de trancher incarnent une certaine conception du juste, du bien ou du juste et du bien. Le moment proprement pratique engage donc les acteurs et les

décideurs dans un processus de délibération rationnelle sur le sens et le poids relatifs des considérations morales et éthiques fondamentales qui ont quelque chose à dire sur le droit.

Si ce qui précède est admis, il s'ensuit que le moment proprement pratique exprime, incarne et révèle en même temps une conception normative du droit, entendue dans un sens fort. S'il est vrai que les considérations qui pèsent le plus lourdement sont d'ordre moral ou éthique, alors le point de vue interne manifeste toujours un engagement envers une conception fortement normative du droit. Par exemple, reconnaître le caractère désirable de promouvoir la justice formelle dans tel cas indique que l'agent social qui met le droit en pratique reconnaît la force d'une conception normative du droit entendue dans un sens fort qui énonce que «le droit doit être formellement juste». Reconnaître qu'il est désirable de promouvoir la certitude juridique révèle un engagement envers une norme qui énonce que «le droit doit être clair, général et prospectif». Fonder une décision pratique sur une valeur de la justice matérielle, par exemple l'égalité d'opportunité, permet d'inférer l'engagement du décideur envers une conception normative du droit comme justice qui énonce, entre autres choses, que le «le droit est une affaire d'égalité d'opportunité»³².

Le moment proprement pratique incarne, affirme et procède dans le cadre d'une théorie normative du droit, entendue dans un sens fort. Or, puisque cette conception fortement normative du droit énonce les valeurs ou les biens que le droit doit tenter de réaliser dans la pratique sociale et puisqu'un agent social ne peut réellement décider rationnellement de ce qu'il doit faire dans une situation donnée qu'une fois engagé dans le moment proprement pratique, la conception fortement normative du droit propre au moment pratique rejaillit sur le sens que prend le droit dans les faits. Il s'ensuit que le droit positif, en tant qu'ordre faiblement normatif d'un groupe social, doit être compris comme incarnant cette conception fortement normative du droit. Ce qui apparaît au théoricien descripteur comme la normativité du droit dans un sens faible doit maintenant s'expliquer par sa normativité dans un sens fort. Il y a donc, encore

32. Pour une discussion plus élaborée sur ce thème, voir Tremblay, *supra* note 16.

une fois, une dépendance du droit tel qu'il est envers le droit tel qu'il devrait être.

Toute théorie descriptive du droit devrait donc, pour être adéquate, rendre compte de la théorie fortement normative du droit qui anime le moment proprement pratique. Autrement, l'un des aspects essentiels du droit comme phénomène social normatif échapperait à la représentation. C'est pourquoi la théorie fortement normative du droit à laquelle adhèrent les agents sociaux rejaillit en pratique sur la théorie qui anime et doit animer les théoriciens engagés dans l'entreprise descriptive. On pourrait même penser qu'une bonne théorie descriptive du droit est celle qui résulte d'une fusion des théories fortement normatives des agents sociaux et des théoriciens descripteurs. C'est peut-être là le meilleur sens à donner à la proposition avancée par Ronald Dworkin selon laquelle «Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law»³³, bien que ce dernier préfère qualifier d'«interprétatives» les théories du droit qui possèdent un caractère évaluatif et normatif.

Certes, un théoricien descripteur pourrait décider de garder une certaine distance épistémologique par rapport à la théorie fortement normative du droit qui anime le moment proprement pratique. Toutefois, cette distance devra être reconnue comme produisant une description plutôt incomplète du droit comme phénomène normatif. En outre, elle devra être reconnue comme assez peu utile, d'un point de vue pratique.

Par ailleurs, un théoricien descripteur pourrait objecter que les citoyens et les juristes agissent souvent de manière automatique, sans pénétrer le moment proprement pratique. Je crois que cela est tout à fait vrai et que, sur le plan de la sociologie ou de l'anthropologie, cela peut suffire. Cependant, la question de la normativité du droit devient intéressante, me semble-t-il, lorsque les citoyens ou les juristes questionnent l'automatisme. C'est alors que se réveille le moment proprement pratique et que les acteurs recherchent la meilleure décision ou le meilleur sens aux fins de la pratique du droit. C'est alors qu'ils construisent un idéaltype normatif du droit qui, dans un moment de réflexion,

33. Dworkin, *supra* note 27 à la p. 90.

rejaillit sur l'entreprise juridique elle-même. C'est probablement pour ce motif que Ronald Dworkin est vite apparu obsédé par les *hard cases*. En effet, dans les cas difficiles, le processus de recherche de la «meilleure décision» ou du «meilleur sens» devient le plus explicite. Ce serait toutefois une erreur que de croire que ce qui se passe dans les *hard cases* ne se manifeste pas dans les cas que l'on croit être faciles.

CONCLUSION

Dans ce texte, je n'ai pas tenté d'exposer ou d'expliquer la ou les théories fortement normatives qui guident aujourd'hui les juristes ou les citoyens canadiens, américains ou européens lorsqu'ils sont engagés dans le moment proprement pratique. Je n'ai pas tenté non plus de proposer la théorie fortement normative qui me semble la plus souhaitable. Je n'ai même pas abordé la question de savoir comment une telle théorie normative devrait être construite ou comment les juristes engagés dans le moment proprement pratique procèdent ou devraient procéder pour élaborer ou construire une telle théorie. Disons que j'ai partiellement abordé ces questions dans *The Rule of Law, Justice and Interpretation* et que ce que j'ai nommé la «primauté du droit comme justice» constitue une version possible des conceptions fortement normatives du droit auxquelles je réfère ici³⁴. Le point essentiel, toutefois, est que les théoriciens du droit, même ceux dont les ambitions sont descriptives, doivent réfléchir aux postulats fortement normatifs qui sous-tendent leur description, les critiquer et, dans tous les cas, les justifier du mieux possible.

34. Voir, *supra* note 16.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA MÉDIATION, UNE APPROCHE « INTERNORMATIVE » DES
DIFFÉRENDS?
Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de
R. A. Macdonald

Auteur(s) : Louise LALONDE

Revue : RDUS, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 97-131

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12299>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12299>

Page vide laissée intentionnellement.

LA MÉDIATION, UNE APPROCHE «INTERNORMATIVE» DES DIFFÉRENDS?^d

**Analyse comparative des approches de
G. A. Legault et de R. A. Macdonald**

par Louise LALONDE^{**}

SOMMAIRE

Introduction	99
Partie I – «Le pluralisme juridique radical» de R. A. Macdonald et «la délibération éthique» de G. A. Legault : esquisse d’une analyse comparative	103
I.1 – Des lieux de convergence entre le «pluralisme juridique radical» et la «délibération éthique»	104
I.2 – Une lecture qualificative de l’internormativité dans la médiation : les notions de «conflit» et de «contexte»	114
Partie II – L’internormativité dans les pratiques : perceptions issues du terrain	117
II.1 – La médiation : une pratique «alternative»?	119
II.2 – Des perceptions de l’internormativité	125
Conclusion	129

*. Cet article s’inscrit dans le cadre des travaux de recherche dirigés par le professeur Georges A. Legault et financés pour l’année 2000-2001 par le CRSH en collaboration avec la Commission du droit du Canada. L’équipe de recherche est formée des professeurs Georges A. Legault, Louise Lalonde et Louis Marquis de l’Université de Sherbrooke ainsi que des assistants de recherche J.-F. Roberge et P. Camirand.

**., Professeure et directrice des programmes de 2^e cycle de prévention et règlement des différends à la Faculté de droit de l’Université de Sherbrooke.

Introduction¹

La médiation offre au règlement des conflits, quelle que soit leur nature, à la fois un lieu et un processus différents de ceux de la justice traditionnelle. Par ailleurs, en certains domaines, la médiation prétend aussi s'inscrire dans une finalité distincte de celle du judiciaire. Ainsi, le processus de la médiation, quel que soit le type de différends qu'il appréhende, entrevoit une solution négociée, parfois même construite, et nécessairement non imposée par une quelconque instance décisionnelle². Le lieu est celui de l'informel. Il privilégie la rencontre et la communication entre les parties hors du cadre plus strict du judiciaire, mais aussi hors de certaines des garanties procédurales inhérentes à la justice traditionnelle rendue par les tribunaux³.

Or, les lieux d'intervention des modes de prévention et de règlement des différends («modes de PRD») dont la médiation, de même que les processus par essence coopératifs qui les portent, offrent-ils un mode de gestion des différends véritablement «autre» que celui du judiciaire? Ces modes de PRD se posent-ils comme une réelle option, une «alternative»⁴, ou alors sont-ils intégrés au

-
1. G.A. Legault, L. Lalonde et L. Marquis, *Les modes non judiciaires de règlement des différends : nouveau rôle professionnel pour une meilleure justice?*, Rapport de recherche remis à la Commission du droit du Canada, 2001. Ce rapport reprenait les hypothèses interprétatives développées par l'équipe de recherche du point de vue du rapport des diverses pratiques de médiation à la normativité. Quant au présent article, il s'inscrit dans les dialogues souhaités issus de ce colloque et constitue une réflexion qui ouvre à la construction d'une éventuelle définition de l'internormativité en contexte de médiation.
 2. Cette question des paramètres de la «construction» du consensus en regard des normativités est au centre de cette brève contribution et de nos travaux de recherche en cours.
 3. Nombre de critiques adressées aux modes non judiciaires soulèvent cette perte des acquis de la justice formelle. Voir notamment l'article de D. Mockle et F. Houle qui pose cet enjeu de la perte de l'équité procédurale que suppose le recours aux modes de PRD en droit fédéral. F. Houle et D. Mockle, «Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral» (1998) 36 Osgoode Hall L. J. 703.
 4. Bien que ce terme soit un anglicisme, nous y référons compte tenu de son usage tant dans la littérature que dans certains domaines de la pratique. De plus, c'est en rapport à ce concept «d'alternativité» que nous construirons la perception de ces modes en corollaire avec le judiciaire dans le discours des praticiens.

système traditionnel dans sa finalité et ainsi, simplement partie d'un *continuum*⁵ qui présente des solutions aux conflits allant du «*soft au hard*»⁶?

Par ailleurs, une solution non imposée par une instance décisionnelle est-elle nécessairement non dictée par la normativité juridique, fait-elle appel à d'autres normativités que la normativité juridique? Le processus de la médiation peut très certainement n'être, bien que promouvant la voie négociée, qu'un mode intégré, sinon assimilé, à la justice traditionnelle. En cela, il ne porte alors aucune transformation de la gestion des différends en termes de finalité, de type de justice rendue par le processus, et il ne rendrait ainsi que la «justice du droit» dans sa vision traditionnelle⁷.

Cette brève contribution a pour objectif principal de simplement envisager, à la lumière des perspectives théoriques offertes par deux de nos auteurs issus de disciplines différentes, une ou des conditions qui permettraient d'entrevoir le «potentiel» de transformation de la justice par les modes de PRD, au-delà des lieux et des processus.

Préalablement, nous formulons deux propositions explicatives de l'intérêt à effectuer une brève analyse comparative des perspectives théoriques de ces auteurs. La première postule qu'une transformation de la justice, d'un point de vue théorique, est directement reliée au degré d'«alternativité» que les

5. Cette question des enjeux d'une vision de continuum dans les modes de PRD est spécifiquement traitée par l'auteure dans un autre article : L. Lalonde, « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? - Le continuum dans la pratique civile et commerciale de la médiation », *Développements récents en médiation*, Montréal, Yvon Blais, 2001 aux pp. 73-90:

6. Cette problématique des rapports au judiciaire constitue le premier jalon de l'analyse de leur «potentiel transformateur de la justice» qui ne pourra se révéler qu'à la suite d'une analyse approfondie de leur inscription sociale et de la place effective, pour ne pas dire «contextuée», qu'ils occupent dans la gestion des conflits. Cette réflexion n'est pas l'objet de cette communication mais elle interroge sur l'existence «d'un potentiel transformateur» issu des discours sans lequel une quelconque transformation de la justice ne pourrait se concevoir, même théoriquement.

7. Le professeur G.A. Legault réfère alors à un simple retour à la forme contractuelle comme source première du droit. G.A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre «justice»?*, Sherbrooke, GGC Éditions/Université de Sherbrooke, Collection Essais et Conférences, 2001 à la p. 13 et s.

processus de gestion des différends peuvent entretenir avec le système traditionnel. La seconde proposition soutient que ce «potentiel transformateur» de la justice par les modes non judiciaires ne peut se concevoir autrement que par l'appréhension des diverses normativités régulatrices du conflit, donc de l'internormativité qui est inhérente à tout conflit. Cette internormativité n'est pas ou peu appréhendée par le système traditionnel de justice. De fait, le système traditionnel «règle» les conflits en les transformant en «litiges», ils sont alors traduits à la lumière de la seule normativité juridique⁸.

Cette dernière proposition s'inspire de pistes réflexions livrées par la Commission du droit du Canada qui suggère que notre vision du conflit est indissociable de notre vision de la justice⁹. Or, les composantes normatives du conflit semblent pouvoir dresser des paramètres extrêmement révélateurs du «potentiel transformateur» de la justice par les modes de PRD. De fait, il découle de nos conclusions de recherche que le conflit perçu en termes de «conflit de droits» ne porte aucune «autre» finalité au processus et offre, tout au plus, une solution de droit négocié.

Dans le cadre de cette communication, afin de démontrer le rôle joué par les normativités constitutives du conflit dans le «potentiel transformateur» de la justice par les modes de PRD, notre démarche se construira par le développement de deux volets principaux : d'abord, une amorce de définition de la notion d'internormativité, ensuite, une observation de son effectuation à travers diverses pratiques par le biais de données recueillies auprès des praticiens de la médiation, intervenant dans des champs conflictuels diversifiés.

Pour ce faire, d'un point de vue théorique, une analyse comparative de deux visions qualificatives du conflit et de son élargissement au regard de la

8. Telle est l'approche traditionnelle du droit. Par ailleurs, les diverses modifications de la nature de certaines normes juridiques autorisent une certaine «contextualisation» à des normativités plus élargies soit par des cadres normatifs plus flous, telle la normativité issue des chartes, ou par des notions tel «l'intérêt de l'enfant» en droit des personnes. Il n'en demeure pas moins toutefois que cette contextualisation s'effectue toujours en aval de la norme juridique posée.

9. *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*, Canada, Commission du droit, 1999, n° JL-6/1999 aux pp. 1-45, en ligne : Commission du droit du Canada <<http://www.lcc.gc.ca/fr/forum/rj/paper.html>>.

normativité strictement juridique, qui nous sont offertes par les professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald, sera entreprise. Ces visions du conflit, replacées en contexte, comme mode d'appréhension de l'internormativité se construisent sur les perceptions qu'ont ces auteurs de la «crise du droit contemporain». Le conflit «contextualisé» est alors présenté par eux comme une réponse aux causes profondes de cette «crise du droit». Ce survol théorique a l'avantage de livrer des paramètres d'appréhension du conflit élargi à une pluralité de normativités en sus qu'il nous offre une grille de lecture qui permettra une certaine analyse des entrevues réalisées par l'équipe de recherche. Ainsi, en seconde partie, une lecture de la notion d'internormativité liée à la définition même du conflit géré par les processus sera esquissée, à la lumière de cette grille.

Toutefois, afin de saisir l'effectuation dans les discours de ces notions partiellement définies, un survol des diverses perceptions de l'«internormativité» qu'ont livrées les praticiens de la médiation à la suite de la recherche qualitative menée par l'équipe de recherche sera entrepris. Ainsi, les réponses données par des praticiens des secteurs civil et commercial, familial, pénal et organisationnel nous permettront de mesurer une certaine appréhension de l'internormativité sur le terrain au travers des processus et des types d'interventions pratiquées.

Préalablement, afin de suivre la même construction que celle effectuée pour l'analyse des avancées des professeurs G.A. Legault et R.A. Macdonald, nous présenterons les perceptions qu'ont les praticiens de la «crise du droit». Cette vision nous sera accessible par leur positionnement en regard de «l'alternativité» des modes de PRD. Cette perception de l'alternativité permet d'entrevoir où se situe leur pratique des PRD en rapport au judiciaire et elle livre ainsi en partie leurs réflexions sur les écarts que présentent ces pratiques, du point de vue des discours, avec le système traditionnel.

Enfin, des conclusions au regard de l'hypothèse du «potentiel» de transformation de la justice par les modes de PRD seront entrevues et des pistes de réponses relatives aux préalables à cette transformation de la justice pourront ainsi être formulées, dont celle de l'élargissement à l'internormativité de la

notion de conflit. La problématique du rapport entretenu par les modes de PRD au droit et à la justice sera ainsi reposée dans son amplitude normative¹⁰.

Partie I – «Le pluralisme juridique radical» de R. A. Macdonald¹¹ et «la délibération éthique» de G. A. Legault¹² : esquisse d'une analyse comparative¹³

Du point de vue de la recherche sur «l'internormativité», les avancées théoriques des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald interpellent les modes de PRD et peuvent constituer des présupposés majeurs dans la

-
10. L'enjeu normatif des modes de PRD a été spécifiquement présenté dans son amplitude, hors du cadre de toute analyse comparative, dans un article qui sera publié dans la Revue de Prévention et règlement des différends, Carswell. L. Lalonde, «Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice? Quelques réflexions», dans *Revue de prévention et de règlement des différends?*, Montréal, Carswell, 2003 [à paraître en 2003].
 11. Notre réflexion sur le «pluralisme radical» du professeur Macdonald est essentiellement inspirée de la communication qu'il a livrée lors du colloque atelier portant sur les transformations de la théorie de la norme tenu en mai 2001 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et de la contribution écrite qu'il a aimablement offerte au regard de cette communication. R. A. Macdonald, «Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées : l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit» (ACFAS), Sherbrooke, 17 mai 2001 [publiée dans le présent numéro]. Les communications des professeurs Legault et Macdonald lors de ce colloque ont levé le voile sur un certain éclairage théorique de la notion «d'internormativité» qu'il apparaît fondamental de livrer, du moins pour la lecture qui nous est venue.
 12. La réflexion sur l'approche théorique du professeur Legault se situe à partir de la communication qu'il a livrée dans le cadre de l'ACFAS 2001, puis de ses articles intitulés «*La médiation et l'éthique appliquée face au droit*» et G. A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre «justice»?*, Sherbrooke, GGC Éditions/Université de Sherbrooke, Collection Essais et Conférences, 2001.
 13. L'interdisciplinarité est bien souvent vertueusement promue par la littérature savante ainsi que dans les colloques du même acabit. Elle semble le nouveau paradigme de la recherche et des avancées théoriques les plus prometteuses, tout particulièrement au regard des modes non judiciaires, qui sont intrinsèquement pressentis comme des phénomènes d'interdisciplinarité dans leur processus, leurs lieux de pratique et les types de différends qu'ils gèrent. Par ailleurs, cette interdisciplinarité se traduit trop souvent par un dialogue de sourds où seule la brochette des acteurs de la tribune dresse une quelconque interdisciplinarité, mais où les échanges théoriques s'empilent sans jamais véritablement interagir. Ainsi, «l'objectif contextuel» de cette contribution est de tenter de favoriser, ou peut-être de provoquer, ce dialogue souhaité afin qu'il puisse être «construit» par ses artisans et que les interrogations reçoivent réponses sans que l'on doive les imaginer.

compréhension de leurs apports à une transformation du droit. Du moins, l'hypothèse en est-elle jetée.

L'objectif de cette première partie est donc de circonscrire les positions de G. A. Legault et de R. A. Macdonald au regard de la «crise du droit» puis d'en saisir les conséquences sur l'«internormativité» que recèlent les conflits. Ce faisant, des paramètres de l'appréhension de l'«internormativité» pourront être dressés par une redéfinition de la notion de «conflit» et de «contexte».

Pour ce faire, nous analyserons essentiellement deux des communications des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald présentées au colloque de l'ACFAS 2001 afin d'identifier des lieux de convergence de leur approche théorique. Ainsi, par le biais de leur terminologie propre, des passerelles seront construites entre leur interprétation du phénomène contemporain de «crise du droit» et les réponses qu'ils offrent.

Dans un second temps, des définitions du conflit et du contexte intégrant l'«internormativité» seront proposées afin d'offrir à la lecture des données empiriques un cadre de repérage de la finalité pressentie des processus en comparaison au judiciaire («alternativité» des processus) d'une part et, d'autre part, de l'appréhension de l'«internormativité» située dans la qualification du conflit contextué.

I.1 – Des lieux de convergence entre le «pluralisme juridique radical» et la «délibération éthique»

Les lieux de convergence entre les positionnements théoriques de G. A. Legault et R. A. Macdonald se présentent essentiellement à partir de trois axes principaux qui sont, particulièrement au regard de la «crise du droit», passablement partagés par la littérature contemporaine dominante. D'abord, nous effectuerons une lecture de cette crise contemporaine du droit puis des solutions proposées en termes de réponses à cette crise. Bien sûr, la vision de synthèse et d'arrimage livrée dans cette contribution est non exhaustive par rapport à l'ampleur des avancées théoriques de G. A. Legault et R. A. Macdonald et de toutes les nuances de ces avancés, mais elle souhaite

traduire la vision commune qui ressort de leurs travaux laquelle permet de poser quelques jalons à la définition de l'«internormativité» dans la médiation.

La «crise du droit»

L'hypothèse, ou, pour plusieurs, le constat de la «crise du droit», est devenue dans la littérature un sujet presque commun sinon populiste, presque trop présent pour que soit encore entendus la notion de «crise» et son caractère qui ne peut être perpétuel sous peine d'être dénaturé¹⁴. Bien que divers phénomènes contemporains puissent être associés à cet état de «crise du droit»¹⁵, certains sont «moins récents» et semblent effectivement rendre perpétuelle cette notion de «crise», que l'on devra très certainement renommer si elle perdure.

Sur ces causes plus fondamentales, mais aussi plus anciennes de la «crise du droit», G. A. Legault et R. A. Macdonald semblent développer une réflexion de laquelle des similitudes se dégagent distinctement.

D'abord, la conception traditionnelle du droit est en cause, celle héritée de «l'idéologie de la modernité». Par ailleurs, le fondement de la remise en cause de cette conception du droit issue de «l'idéologie de la modernité» laisse entrevoir un lieu de complémentarité dans la lecture de ces auteurs, sinon un accord déductible de leur positionnement.

Selon R. A. Macdonald, cette «idéologie de la modernité», issue «des trois grandes révolutions des XVII^e et XVIII^e siècles», est à l'origine d'une conception du droit dont les trois postulats fondamentaux sont un droit étatique, moniste et positif¹⁶. Ce sont ces postulats qui, en raison de l'hétérogénéité des

14. Voir notamment le classique de F. Ost sur les transformations du droit. F. Ost, «Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée» dans G. Timsit, A. Claisse et N. Belloubet-Frier, dir., *Les administrations qui changent : Innovations techniques ou nouvelles logiques?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 aux pp. 73-84.

15. Voir notamment les hypothèses interprétatives de J. Habermas et de J. Cappelletti. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 à la p. 467 et s.; J. Cappelletti, «Accès à la justice : comme programme de réforme et comme méthode de pensée» (1982) 2 Windsor Y.B. Access Just. 193.

16. Macdonald, *supra* note 11.

États occidentaux et de l'accroissement de l'intervention de l'État par l'émergence de l'État providence, sont remis en cause, et ce faisant, la conception fondatrice du droit «moderne». Essentiellement, ces idéologies ne sont «plus soutenables aujourd'hui comme hypothèses pour penser le droit dans les sociétés multiculturelles» (non homogènes). Quant à G.A. Legault, nous verrons qu'il semble opiner qu'elles ne l'ont jamais été depuis la scission entre le droit et la morale.

De fait, la thèse du droit étatique et du monisme juridique présuppose la reconnaissance d'un seul ordre juridique légitime. Cette conception sociétaire¹⁷ du droit prend racine dans l'ordonnement de la démocratie postrévolutionnaire donnant à la volonté de l'Homme, légitimement représenté par l'État de droit, l'exclusivité de l'énonciation et de l'application de la norme juridique en deçà et au-delà de quelque transcendance ou même immanence de cet ordre juridique systémique et posé.

Ainsi, pour R. A. Macdonald, le caractère insoutenable de cette vision «traditionnelle» du droit semble essentiellement conséquent du multiculturalisme de nos sociétés occidentales : «la problématique fondamentale du droit contemporain a trait à la conciliation des divers ordres juridiques reconnus et créés par les citoyens et citoyennes.» Dans cet énoncé, nombre de présupposés révélateurs de la position fondamentale de R. A. Macdonald peuvent être relevés. D'abord, il y a contestation de la conception d'un seul ordre juridique comme lieu d'énonciation du droit et, *a fortiori*, de l'État comme seul énonciateur du droit. Deuxièmement, R. A. Macdonald annonce que les citoyens et les citoyennes peuvent non seulement légitimer la norme juridique, mais qu'ils peuvent en être les énonciateurs. Troisièmement, il précise que l'enjeu sera alors celui de la «conciliation» de ces divers ordres juridiques non étatiques, par ailleurs reconnus, et donc légitimés par les citoyens.

Or, cet enjeu de la conciliation des ordres juridiques ne peut être autre que l'enjeu de l'application de cette normativité plurielle puisque la conciliation

17. A.-J. Arnaud, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., s.v. «positivisme».

de la norme se matérialise en son lieu d'application; hors contexte, pas de jeu de conciliation des normes¹⁸.

La notion de «pluralisme juridique» est donc posée en corollaire à cette multiplicité des ordres juridiques comme un fait ou, plus précisément, comme une construction sociale, d'une matrice sociologique.

Essentiellement, R. A. Macdonald pose son diagnostic des causes de la «crise du droit» par le biais des «insuffisances» issues des caractéristiques fondamentales du droit traditionnel, un droit posé, étatique et moniste, dont la spécificité d'application dans l'hétérogénéité de nos sociétés modernes ne permet plus l'adéquation à cette énonciation ainsi caractérisée.

Par rapport à cette question de l'insuffisance du droit moniste, étatique et posé à réguler les rapports sociaux, G. A. Legault semble plutôt contester cette vision du droit qui, même au travers de la reconnaissance d'un quelconque pluralisme juridique, serait l'ordre normatif unique, ou, encore privilégié, de régulation sociale. De fait, G. A. Legault semble critiquer cet attribut monolithique du droit comme mode de régulation sociale, et le pluralisme normatif qu'il reconnaît en est la cause. Le droit est un mode de régulation parmi un ensemble de normativités, et cette emprise du droit ne reflète aucunement la réalité des rapports sociaux qui sont issus d'un ensemble d'autres normativités. Ce faisant, toute prétention du droit à les intégrer, comme dans son instrumentalisation issue de l'État providence, est immanquablement vouée à l'échec parce que l'énonciation de la norme, distincte de son application, ne peut correspondre à la réalité de l'évolution et de la diversité des normativités non juridiques en force dans nos sociétés, et dans toute société, semble-t-il. À cet égard, G. A. Legault se distingue de R. A. Macdonald puisque ce n'est pas un phénomène contemporain de multiculturalisme qui est à l'origine de «l'insuffisance du droit», mais plutôt un courant «d'expansion» du droit à

18. Sinon, peut-être, une contextualisation dans l'énonciation qui rejoindrait peut-être l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle de Jacques Lenoble sur le plan de la reformulation de la théorie de la norme en droit. Voir J. Lenoble, «La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle», (ACFAS), Sherbrooke, 16 mai 2001 [publié dans le présent numéro].

vouloir gérer et intégrer toutes les normativités sociales par essence non juridiques.

Par ailleurs, la passerelle avec l'approche de G. A. Legault concernant la «crise du droit» se construit très certainement autour de cette problématique de l'application de la norme juridique et de la conciliation des diverses normativités. De fait, les dysfonctions causales de la «crise du droit» ne semblent pas, pour G. A. Legault, uniquement liées aux caractéristiques du droit issu de «l'idéologie de la modernité» mais, plus fondamentalement, aux causes des choix caractériels qui ont fondé le discours de la modernité en regard du droit. En cela, la lecture de G. A. Legault relève plus de la philosophie du droit que de la sociologie comme celle de R. A. Macdonald. Ce dernier relève l'inefficience de la norme juridique alors que G. A. Legault, qui conclura aussi à son inefficience dans l'application, soutient un discours plus fondamental.

Essentiellement, G. A. Legault postule que le droit serait en crise de son absence de transcendance conséquente de la séparation historique et provoquée (quasi artificiellement peut-être) entre le droit et la morale. La question fondamentale de la légitimité du droit semble alors reposer sur le questionnement, difficilement résolu sans une transcendance de la normativité juridique, du «pourquoi obéir au droit?». De ce point de vue, philosophiquement entrevu, la scission entre «droit et morale», en n'autorisant plus une réponse métaphysique ou transcendante matérialisant la notion de «devoir» à l'obéissance au droit, sous-tend nécessairement une remise en cause perpétuelle de la légitimité du droit.

Ainsi, ses références au discours de Criton¹⁹ posent cette problématique issue de la notion de «devoir». En l'absence d'adhésion du sujet à la notion de devoir comme conséquence de la croyance ou de la reconnaissance *a priori* de l'autorité de la loi, de l'autorité de l'énonciation par celle de l'énonciateur, la légitimité de l'obligation est perpétuellement remise en cause. Ainsi apparaît alors la faille fondamentale du droit moderne. La perte de la suffisance de l'énonciation comme lieu de légitimité et la nécessité de sa contextualisation

19. G. A. Legault, «La médiation et l'éthique appliquée face au droit» (ACFAS), Sherbrooke, 16 mai 2001 [publié dans le présent numéro].

dans l'application emportent ce clivage fondamental du droit moderne entre l'«énonciation» et l'«application» de la norme. Il en résulte alors la perte de la notion d'obligatorité «hors de tout contexte d'application». Le devoir assurait la légitimité de la norme par sa seule énonciation et offrait la réponse au pourquoi de l'obéissance au droit. C'est, ainsi imagé, la perte de la «foi en le droit» qui appelle sa perpétuelle justification dans son application et, la recherche constante de sa légitimité. La raison a supplanté le devoir et remis en cause l'exercice du pouvoir qui devra se justifier dans le «vivre ensemble».

À cette remise en cause perpétuelle issue de la rationalité même de la pensée moderne, G. A. Legault juxtapose des facteurs contemporains de transformation du droit qui en accentuent la crise. Ainsi, il rejoint dans ces causes contemporaines le diagnostic de R. A. Macdonald sur les divers pluralismes, dont le multiculturalisme. Le droit, conçu selon l'idéologie de la modernité, semble, pour G. A. Legault, porteur dans sa rationalité même de sa crise. Mais les usages du droit et son instrumentalisation consécutive de l'État providence ont largement contribué à l'accentuation de la crise et, en cela, il rejoint J. Lenoble et J. Habermas²⁰; essentiellement, le droit est en crise de la légitimité de son autorité, puis en crise de son application et de sa reconnaissance.

Par ailleurs, G. A. Legault, bien que constatant cette perte de la légitimité même du droit, ne préconise d'aucune façon un quelconque retour à un «universel transcendant», mais, bien au contraire, fonde toute son approche sur la recherche d'un processus de construction de cette légitimité qui ne peut que résulter du consensus construit par les processus qu'offrent l'éthique appliquée et l'approche délibérative qu'il a développée. Nous reviendrons au processus, mais il paraissait nécessaire de préciser que les travaux de G. A. Legault ne s'inscrivent aucunement dans la recherche d'une quelconque transcendance perdue, de la foi créatrice du devoir ou d'un universel rassurant. Ses approches se meuvent dans le contexte évolutif du «vivre ensemble» et dans la seule assurance sinon, la seule rassurance des processus qui construisent le consensus.

20. Habermas, *supra* note 15 à la p. 467.

Dans cette perspective des processus d'application, G.A. Legault pose donc que les limites du droit sont celles de son application et, plus spécifiquement, de son application par le judiciaire. Il ne se fait le promoteur d'aucune nouvelle théorie de la norme juridique, plus englobante ou plus contextualisée, bien au contraire.

Ainsi, au regard de la «crise du droit», G. A. Legault et R. A. Macdonald posent le constat d'une problématique du droit liée à sa difficile traduction dans l'application. Le droit, pour tous deux, est «déraciné de la vie des lois²¹», hors «des multiples ordres juridiques autonomes et concurrentiels²²» qui pavent et structurent nos vies quotidiennes. En cela, le problème n'est pas nouveau, il semble simplement vivifié par les divers pluralismes qui façonnent nos sociétés hétérogènes. Déjà, au début du siècle, Ehrlich²³ posait ce constat des difficultés et de la nécessité du «droit vivant». Divers courants, tant en philosophie qu'en sociologie du droit, ont depuis lors tenté de réduire cet écart entre l'énonciation et l'application de la norme. Pour G.A. Legault, le nœud se trouve bien dans cette scission des notions. Pour R. A. Macdonald, le nœud est aussi dans l'application, mais il semble inhérent au monisme juridique.

Par ailleurs, ils semblent se rejoindre autour du thème de la «conciliation», nécessairement dans l'application, d'un «choix normatif»²⁴ inhérent aux conflits, au «vivre ensemble» ou d'un «ordonnancement du pluralisme»²⁵ que nous qualifierons de normatif, bien que R. A. Macdonald le nomme juridique. Leurs réponses seront «internormatives» et contextualisées, mais toujours situées dans l'application et non dans une remise en cause de l'énonciation et, en cela, leurs approches convergent fondamentalement.

Des réponses à la crise du droit

Le pluralisme normatif inhérent à la vie en société, de tous temps et plus encore aujourd'hui, nécessite une réponse qui permette de gérer cette réalité

21. Legault, *supra* note 19.

22. Macdonald, *supra* note 11.

23. E. Ehrlich, *Fondation de la sociologie du droit*.

24. Legault, *supra* note 19.

25. Macdonald, *supra* note 11.

normative. Cette réponse se formule sur le plan de l'appréhension de ces normativités, placées en conjonction, qui préfigurent ainsi à l'internormativité.

La réponse est unanime, mais les processus et la qualification de leurs composantes seront diversifiés. Il s'agit donc d'offrir une approche théorique qui permette de «concilier les conflits normatifs»²⁶ ou d'effectuer un «choix normatif»²⁷.

La question centrale posée par les racines philosophiques profondes de la crise du droit à laquelle réfère G. A. Legault, soit celle de l'obéissance au droit, semble trouver dans la théorie, ou plutôt dans le processus de la «délibération éthique» qu'il propose, une réponse née d'un paradoxe : ne pas obéir, mais construire l'obéissance, actualisée et contextualisée. De fait, le professeur Legault me permettra de formuler ainsi cette réponse : ne plus obéir au droit comme à toute norme, du seul fait de son énonciation, mais en permettre l'actualisation dans le contexte et, ainsi, en construire l'assentiment collectif par la délibération. La légitimité des normativités est donc à construire, à reconstruire dans le contexte d'une délibération ou d'une médiation. La médiation apparaît alors comme «un lieu de détermination du contexte»²⁸, et le contexte s'entrevoit dans l'élargissement du conflit et dans sa qualification.

Bien que R. A. Macdonald ne pose pas la réponse aussi fondamentalement en termes de légitimité, il la pose en termes d'effectivité de la norme juridique et postule que la légitimité du droit est essentiellement issue non pas de son énonciation formelle, mais de son énonciation par le sujet de droit lui-même, énonciation qui frôle ainsi l'application. Ainsi, les notions de «contexte» et de «consensus» sont sollicitées par R. A. Macdonald afin d'offrir le lieu de cette légitimation, de l'ordonnancement du pluralisme juridique.

Il semble possible d'ainsi circonscrire les positions de R. A. Macdonald et G. A. Legault : pour Macdonald, une construction du droit par le consensus et le contexte qui se meuvent dans l'appréhension du conflit et, pour Legault,

26. *Ibid.*

27. Legault, *supra* note 19.

28. *Ibid.*

une construction du «vivre ensemble» par un mode consensuel et contextualisé qui élargit le conflit.

Ainsi, en ce qui nous concerne, le point de convergence majeur des thèses en présence est très certainement celui de la reconnaissance d'un pluralisme normatif et d'une interaction souhaitée entre ces normativités plurielles, que nous définirions comme une reconnaissance de la nécessaire internormativité au regard de la légitimité du droit pour Macdonald, et au regard de la légitimité du consensus ou de la normativité construite pour Legault.

Cette convergence autour de la reconnaissance de l'internormativité suscite des révélations majeures au regard de la notion même de conflit et de la gestion des conflits. G. A. Legault et R. A. Macdonald construisent le pont entre l'internormativité et le conflit en posant l'internormativité comme inhérente à tous les conflits et comme devant nécessairement être conjuguée par le processus de gestion du conflit.

Spécifiquement, pour G. A. Legault, le système normatif largement défini tant par des valeurs et des normes que par des besoins, et constituant le pluralisme normatif, doit être révélé par le processus dialogique et ainsi permettre l'adhésion à l'ordre normatif consenti, au-delà de l'obligatorité de l'énonciation normative ou de sa provenance.

Pour R. A. Macdonald, c'est essentiellement l'internormativité juridique qu'il entrevoit et nomme, mais cette dernière, outre sa terminologie de «juridique», semble rejoindre l'étendue de l'internormativité de G. A. Legault en ce qu'il la présente comme «une manière distinctive d'imaginer le soi – un processus de création et de maintien du soi». Les ordres juridiques qui habitent le sujet sont à la fois diversifiés et variables en fonction du contexte dans lequel le choix normatif sera effectué. Ainsi, les divers rôles et fonctions sociales du sujet présentent leur éventail de choix normatifs et concernent des normes qui

pourraient être qualifiées de sociales, culturelles, générationnelles, administratives, etc.²⁹

De ce point de vue, hormis la qualification de «juridique» accolée au pluralisme par R. A. Macdonald, il apparaît que l'éventail ou l'assiette normative définis par l'un et l'autre sont, dans les faits, aussi larges.

Or, cette différence terminologique entre G. A. Legault et R. A. Macdonald quant au pluralisme, que le premier nomme «normatif» et le second, «juridique», ne semble pas révéler de divergences irréconciliables dans les contenus des diverses normativités qui composent ce pluralisme.

De fait, que cette différence terminologique origine de l'élargissement que paraît effectuer R. A. Macdonald de la notion de «norme juridique» afin d'y assimiler toutes les normativités en cours dans les rapports sociaux, alors que G. A. Legault maintient la définition de la norme juridique entrevue d'un point de vue de la définition traditionnelle du droit, c'est-à-dire de la norme étatique, moniste et posée, que l'on nomme la norme juridique.

G. A. Legault n'offre pas une nouvelle théorie du droit plus englobante du phénomène, mais, bien au contraire, maintient les définitions de la norme juridique et ouvre à l'appréhension des «autres normativités», le juridique ne couvrant pas, et ne devant pas couvrir, tous les champs de la normativité. R. A. Macdonald semble, quant à lui, tendre à nommer «droit» ou «normativité juridique» l'ensemble des normativités qui ont cours dans le monde social. Il nous semble que ce soit à ce niveau de la perception du lieu d'expression du phénomène du droit que la terminologie et, fort probablement, les idéologies divergent.

Par ailleurs, compte tenu des normativités contenues dans l'une et l'autre des définitions du pluralisme, qu'il soit normatif ou juridique, en ce qui nous concerne, le débat sur le phénomène de la norme juridique, si débat il y a, importe peu ici. Notre intérêt est suffisamment sollicité par la notion

29. R. A. Macdonald réfère, par exemple, aux multiples identités d'un sujet établies en fonction du rôle social qu'il joue dans un contexte donné – clients, consommateurs, parents, professeur, etc. Voir Macdonald, *supra* note 11.

d'internormativité, de conjonction de ces normativités plurielles qui se meuvent dans la réalité et, donc, dans le conflit.

C'est au regard donc de la gestion de l'internormativité reconnue comme inhérente à l'application des normes pluralistes que se construit le tremplin vers les modes de PRD, vers la médiation.

I.2 – Une lecture qualificative de l'internormativité dans la médiation : les notions de «conflit» et de «contexte»

Quels sont donc ces paramètres de la reconnaissance de l'internormativité, du pluralisme normatif inhérent à tout conflit et dont l'appréhension est rendue nécessaire au regard des «insuffisances» de la norme juridique, telle qu'elle est traditionnellement définie, à gérer le «vivre ensemble» ou la multitude des rapports et normes auxquels les sujets prêtent vie?

À la lumière des réponses livrées et issues du pluralisme normatif, dirons-nous, quels processus seront appréhendés pour permettre cette conjonction contextualisée des normativités? À travers ces lieux «d'ordonnancement juridique» ou de «détermination du contexte», quelle place la médiation tient-elle ou quels processus doit-elle gérer afin que ces «choix normatifs» puissent être véritablement offerts à la décision des parties?

Il faut se rappeler ici que nous posons que la définition du conflit est porteuse de la transformation de la justice. Ce faisant, si ce conflit est nécessairement porteur de diverses normativités, la transformation de la justice ne peut qu'être conséquente d'une vision de conflit qui intègre cette internormativité inhérente.

G.A. Legault pose cette similitude entre la médiation et la «délibération éthique» comme processus de gestion des normativités. La délibération éthique «ouvrira sur le pluralisme des valeurs de référence et du caractère raisonnable des motifs de la décision»³⁰. Plus fondamentalement, alors que G.A. Legault soutient que «l'éthique appliquée n'est rendue possible que par le recul du

30. Legault, *supra* note 19.

concept de devoir», il prétend également que la crise du droit et l'émergence de la médiation ont aussi en commun cette crise du devoir, puisque la médiation «questionne l'obligation de la norme». Il dresse lui-même ce parallèle qui ouvre la porte à l'importation, dans le cadre de la médiation, du processus de la délibération éthique afin d'assurer une co-construction de la normativité de référence qui sera issue du processus et permettra ainsi de gérer l'internormativité du conflit sur lequel la médiation intervient.

G. A. Legault isole des composantes structurelles de la médiation dans l'optique d'en évaluer le potentiel de transformation ou le potentiel transformateur de la justice traditionnelle. Du strict point de vue de l'internormativité, nous retenons essentiellement deux de ses composantes qui dressent l'appréhension de l'internormativité : la qualification du litige et le processus de co-élaboration d'une décision collective. Ces deux éléments, qui peuvent se définir de façon différente dans la médiation et dans le domaine judiciaire, sont au cœur de la transformation même de la justice par les modes de PRD.

Essentiellement, dès que le conflit n'apparaît plus limité à la notion de litige, qui présuppose une qualification le traduisant en termes de droit, le conflit embrasse des normativités plurielles de l'ordre des valeurs, de la culture, etc. Le caractère interpersonnel de la définition du conflit, lorsqu'il remplace le caractère juridique de sa qualification, engendre automatiquement l'intégration d'un certain pluralisme normatif qui exclut le droit comme seule norme de référence. En cela, G.A. Legault et R. A. Macdonald se rejoignent, bien que Macdonald nomme ce pluralisme «les diverses identités du sujet».

Est donc ainsi posée la première assise à l'appréhension de l'internormativité et à sa reconnaissance dans le processus de la médiation : l'élargissement du litige au conflit par les rapports intersubjectifs, au-delà de sa traduction en termes de droit.

Elle se précise davantage dans la recherche de ce que G.A. Legault nomme, au-delà des théories traditionnelles de la médiation, des valeurs qui sont le lieu de reconnaissance d'un certain pluralisme normatif lorsqu'elles sont largement définies. À cet égard aussi, ce que Macdonald nomme les différentes identités du sujet relatives à son âge, son sexe, sa classe sociale et son statut,

sont aussi créatrices des valeurs que ces identités portent. Ce faisant, lorsque Legault pose que toute décision éthique se fait en deux temps, soit décider d'abord des fins puis des moyens, la référence aux valeurs doit d'abord être recherchée. Cette référence dans le processus aux valeurs ou à la norme juridique de Macdonald, largement définie, contient le germe de l'appréhension par la médiation de l'internormativité.

Ainsi, la deuxième clé de l'appréhension de l'internormativité est celle du choix de la finalité en fonction de ces normes plurielles reconnues, puis choisies. Cette clé est primordiale puisque la seule énonciation par les parties de leurs valeurs, si elles ne sont pas gérées et intégrées au processus décisionnel, n'aura pour effet que de faciliter la communication sans construire le consensus en fonction de ces valeurs. Là se trouve la différence fondamentale entre simplement nommer les normativités plurielles de référence et les intégrer au processus, entre la construction du consensus et l'approche purement communicationnelle sans construction internormative.

Ces valeurs, ainsi contextualisées et mises en lumière par le processus, peuvent ouvrir sur une finalité du règlement dont l'objet est la construction du «vivre ensemble», et non la simple négociation d'un règlement du conflit.

Essentiellement, la légitimité normative relève dans ces processus non pas de l'autorité de la norme, mais «de son efficacité à résoudre le cas».

Pour ce faire, la reconnaissance de l'internormativité comme composante de la construction du consensus doit être effective. Ce faisant, au-delà de son appréhension par les processus, par la méthode communicationnelle, sa gestion comme composante du conflit et sa finalité doivent être entrevues. L'élargissement du conflit doit tendre vers une finalité qui ne peut être restreinte à favoriser la communication, mais bien à construire le consensus, et c'est peut-être là, dans l'usage par le processus des éléments du conflit, que les clés de l'appréhension de l'internormativité apparaissent.

En conséquence, afin qu'une appréhension de l'internormativité puisse être décelée dans le discours des pratiques, il est impératif que la qualification du conflit soit élargie au-delà de sa seule traduction juridique, que les valeurs et

autres normativités qui composent ce discours soient identifiées par les parties et, surtout, qu’au regard de ces énonciations des parties, une finalité consensuelle qui les intègre soit construite. Sinon, cette énonciation n’aura servi que de soupape dans un processus de simple gestion de l’émotif, qui véhicule souvent les valeurs fondamentales. Ainsi, il y aura dans les discours une certaine appréhension de l’internormativité par les processus, laquelle devra cependant être reconnue pour participer adéquatement à la construction des consensus.

Partie II – L’internormativité dans les pratiques : perceptions issues du terrain

Saisir la perception de l’«internormativité» dans le discours des praticiens s’avère, en ce qui a trait à la démonstration de notre hypothèse du «potentiel transformateur» de la justice par les modes de PRD, une étape fondamentale. C’est à partir de cette perception que nous pourrions entrevoir l’application des présupposés théoriques des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald à la médiation dans le discours de la pratique. Par ailleurs, notre première hypothèse doit d’abord chercher sa traduction dans le discours des praticiens. Elle est le fondement de la seconde et pose en ces termes son interrogation : les modes de PRD sont-ils des modes «alternatifs»?

Dans le domaine civil et familial, les pratiques de la médiation sont souvent perçues, et même enseignées, comme des processus de gestion des rapports humains d’un point de vue essentiellement «facilitateur» de la communication entre les parties, sans par ailleurs que leur inscription sociale ne soit effleurée, ni qu’une finalité issue des données portées par l’élargissement de la communication ne soit nécessairement entrevue. Certes, elles sont aussi cela, des processus communicationnels faisant appel à des techniques d’écoute, de reformulation et de gestion de l’émotif. Mais peuvent-elles présenter une véritable alternative au judiciaire, à la norme juridique, à la justice traditionnelle? La Commission du droit reconnaissait l’importance de ces questionnements et s’interrogeait sur le peu de recherche effectuée au regard du droit et de son rapport à ces modes, les questions se limitant souvent à être posées en termes de réponse à la surcharge du judiciaire³¹.

31. Commission du droit, *supra*, note 9.

Or, la finalité de gestion de l'internormativité et de construction du consensus par ces modes est au cœur de nos questionnements, puisqu'elle interroge leur inscription sociale et leur rôle en rapport au système traditionnel qu'offrent le droit et les tribunaux. Les thèses des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald sont élaborées à partir de constats des «limites» de la normativité juridique³² à réguler les rapports sociaux issus de la réalité, du «vivre ensemble». Puis, du constat de ces écarts, de ces «limites», les professeurs proposent des réponses qui se traduisent dans la nécessaire contextualisation des conflits et dans la reconnaissance de l'internormativité qui leur est inhérente.

Le questionnement fondamental sur les pratiques en médiation demeure la perception de leur potentiel «alternatif», de leur «différence» par rapport aux modes traditionnels. Hors de cette conscience de la différence ou du choix de cette différence, elles risquent fort de n'être que des lieux et des processus autres.

Ainsi, la brève analyse du discours des praticiens que nous entreprenons dans cette partie se construira en deux volets. D'abord, nous tenterons de comprendre et d'évaluer la perception du caractère «alternatif» de ce mode afin d'entrevoir leurs écarts et le niveau de ces écarts (décisionnel, juridique, processuel, sur le plan de la finalité) par rapport au mode traditionnel.

Dans un deuxième temps, par une lecture qui devra nécessairement s'effectuer en corollaire avec celle de «l'alternativité», nous effectuerons une brève analyse des discours sur les processus que les praticiens utilisent dans leur rapport au droit ou à l'internormativité, à partir des clés offertes par les professeurs G. A. Legault et R.A Macdonald, soit l'élargissement du conflit, l'intégration de cet élargissement vers d'autres normativités telles que les valeurs, les identités des sujets de droit (pluralisme juridique, pluralisme normatif) à la construction du consensus, la perception juste du contexte, et finalement, l'ordonnancement des ordres «juridiques» et le choix normatif. Ainsi, la notion de conflit, perçue par les praticiens, apparaîtra au centre de cette analyse.

32. Telle qu'elle est entrevue actuellement pour R. A. Macdonald et en soi, pour G. A. Legault.

II.1 – La médiation : une pratique «alternative»?

La notion de pratique «alternative», lorsque qu'elle est accolée à la médiation, a pour mérite de permettre de situer les discours par rapport au mode traditionnel. Or, de cette analyse comparative origine toute l'analyse et la compréhension de l'inscription sociale de ces pratiques alternatives par les rapports au judiciaire et au droit qu'elles laissent entrevoir et, éventuellement, au «potentiel transformateur» de la justice qu'elles interrogent. Plus encore, cette notion permet d'amorcer une lecture de ces pratiques en regard des théories de la «crise du droit» et des réponses qu'offrent les théoriciens concernant cette «crise».

Or, bien que cette terminologie de l'«alternatif» soit un anglicisme, très certainement importé des théories et des pratiques américaines du mouvement des *ADR*, elle semble en usage au Québec dans plusieurs domaines et dans de nombreux courants dits «alternatifs», comme en fait foi le corollaire suggéré et bien reconnu avec les pratiques «alternatives» en médecine. Des organismes québécois en matière pénale y réfèrent, et la littérature des pratiques utilise ce vocable, bien que diverses tendances, tant dans la littérature de ces modes que, bien sûr, dans la littérature savante, le critiquent. Toutefois, ce terme réfère à un univers du *soft* qui s'est développé dans plusieurs champs des relations sociales. Ce faisant, il semble porter une idéologie entendue et comprise par les gens et qui se situe en rapport à des processus, mais aussi à une certaine finalité de ces approches. Par ailleurs, très certainement, le terme provoque les discours, certains ne voulant aucunement être associés à ces «courants alternatifs», et d'autres, en faisant leur idéologie de référence.

Ainsi, l'«alternativité» dans cette acception populaire côtoie son opposé, des modes intégrés, bien souvent alors situés au regard de la vision d'un continuum de modes de règlement des différends dont l'aboutissement ultime est le judiciaire, le décisionnel :

Le questionnaire des entrevues semi-dirigées de notre recherche posait cette question à des praticiens issus des domaines civil, familial, pénal et des relations de travail³³ :

Certains auteurs insistent particulièrement sur le fait qu'il faut considérer la médiation/conciliation comme une forme alternative de règlement des différends. Selon eux, il est nécessaire de parler du caractère alternatif. En effet, ils opposent les modes alternatifs aux modes usuels en utilisant l'analogie avec la médecine : médecine alternative vs médecine traditionnelle. La pratique de ces modes perdrait tout son sens sans ce caractère alternatif.

Cette question était d'abord formulée ainsi, sans plus de précisions quant aux lieux de la comparaison aux «modes usuels», et ce, afin de laisser libre cours à la perception de «l'alternatif». Alternatif à quoi? Au judiciaire, au décisionnel, au processus formel, au lieu, ou au droit, comme seule normativité?

Puis, dans un deuxième temps, des précisions quant à la justification de cette qualification d'«alternatif» étaient demandées :

Pourriez-vous élaborer sur les raisons qui motivent votre position, notamment en précisant pourquoi vous jugez que la médiation/conciliation appartient ou n'appartient pas à un «mode alternatif» de règlement des différends? Pourriez-vous notamment situer la médiation/conciliation : en rapport avec la loi, en rapport avec le système judiciaire, en rapport avec la pratique usuelle des avocats, notaires, en rapport avec la gestion des rapports humains, en rapport avec la société libre et démocratique.

Des pistes et des lieux de «l'alternatif» étaient alors nommés afin que la notion puisse être développée ou, qu'elle nourrisse simplement la réflexion sur l'intervention.

33. Autre question relative à une nouvelle justice sociale dont les réponses sont intégrées à la réponse sur les pratiques alternatives.

La première tendance que nous identifions au regard de ces questions révèle que les positionnements des praticiens divergent, dans l'ensemble, en fonction de leur champ de pratique, plus spécifiquement entre les praticiens du domaine civil et les autres, ceux des secteurs familial, pénal et du monde du travail.

Cette tendance semble pouvoir se comprendre à partir de la littérature dominante concernant ces modes et à partir de leurs lieux de développement qui semblent avoir profondément marqué les idéologies d'origine de ces pratiques. Essentiellement, les praticiens du domaine pénal qui œuvrent principalement avec des jeunes contrevenants dans les OJA³⁴ «tiennent» à cette terminologie de l'alternatif qui est d'ailleurs très certainement portée par la notion de «justice réparatrice»³⁵ à l'origine idéologique de la plupart de ces mouvements³⁶.

Ce qui est révélateur dans ce champ de pratique, c'est que «l'alternativité» semble se situer non pas uniquement dans les lieux (hors du prétoire) ou dans le processus informel, mais dans l'objectif même du processus qui se distingue, du moins dans le discours, de l'objectif du mode judiciaire. Le processus est alternatif en ce qu'il ne vise pas à gérer la «peine» conséquente du comportement criminel commis, mais bien les «conséquences» de cet acte et la responsabilité à son égard. Alors que le procès criminel gère la commission du crime dans le but de la reconnaissance de la culpabilité et de la recherche de la sanction, la médiation pénale, dans son discours, vise la «réparation» des conséquences du comportement prohibé et non la punition conséquente de la commission de l'acte qualifié de criminel par la norme juridique.

Cette voie est donc perçue comme «alternative» en regard de la finalité de l'intervention qui n'apparaît pas comme celle du judiciaire. Plus encore, la notion de «responsabilisation» du contrevenant par son consentement à la réparation semble une considération majeure de l'intervention. Alors que le

34. Organismes de justice alternative.

35. Le lecteur intéressé par la notion de justice réparatrice pourrait consulter l'ouvrage de Van Ness et Heetderks qui contient de nombreuses références sur la justice réparatrice : D. Van Ness et K. Heetderks Strong, *Restoring Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1997.

36. Le site du regroupement d'OJA, le ROJAQ, livre des informations intéressantes concernant l'origine idéologique de ces organismes, en ligne : <<http://www.rojaq.qc.ca>>.

judiciaire envisage la responsabilisation «passive» par l'imposition de la peine, la médiation pénale semble la concevoir par l'action même de réparation recherchée par le contrevenant lui-même dans le cadre du processus de l'entente menant au règlement du différend. Le crime est ainsi perçu comme un conflit à régler, et non comme un acte à punir.

Bien sûr, ces discours ne sont pas à ce moment validés dans leur effectivité processuelle et empirique. Ils sont rapportés ici dans la simple optique de connaître l'idéologie pressentie de l'alternatif.

La médiation pénale est extrêmement complexe à saisir dans ses arrimages avec la normativité juridique, les politiques pénales et son moment d'intervention, toujours situé à proximité du système officiel, mais là n'est pas l'objet de cette courte analyse.

Qu'il suffise, dans le cadre de cette communication, de retenir que, selon les discours, la finalité du processus est différente de l'objectif du judiciaire, et en cela, la médiation est perçue par les praticiens comme «alternative». Par ailleurs, certains praticiens l'ont plutôt définie comme complémentaire au judiciaire en reconnaissance de cette proximité d'intervention, ne serait-ce que dans l'origine des dossiers de médiation qui proviennent souvent, sinon presque toujours, de la filière judiciaire ou institutionnelle.

À l'opposé, les praticiens œuvrant dans le domaine civil et commercial ne semblent pas, en général, situer leur pratique comme une pratique «alternative», mais plutôt comme une pratique se situant dans un continuum intégré des modes de gestion des différends, allant de la négociation à la décision judiciaire. Ainsi, il paraît difficile dans une telle vision «progressive» des modes d'intervention de proprement parler de finalité différente de celle du judiciaire. On cherche donc la solution par la négociation, puis par la médiation et, si rien ne fonctionne, elle sera éventuellement imposée par le juge. Les avantages de la solution négociée sont nommés, en termes de considérants humains, de coûts, d'options et d'appropriation par les parties de leur conflit, mais peu ou pas comme finalité fondamentalement différente des processus comme dans le domaine pénal. Ainsi, on parle plus de modes complémentaires, et la notion du travail de la médiation «à l'ombre du droit, de la loi» est très

présente. Nous verrons plus spécifiquement au regard de l'internormativité où elle se situe, mais le rapport différent au droit n'est pas le siège de l'«alternativité», qui est même pour certains, vraiment niée. La médiation est donc un processus faisant partie d'une «palette» d'outils qui s'offre au justiciable pour gérer le différend, dont le judiciaire.

Donc, au mieux, en ce cas, les processus, en ce qu'ils sont informels, de même que les lieux sont perçus comme alternatifs, mais au sens d'un choix non exercé à l'exclusion de l'autre, le judiciaire.

Or, cette perception n'est pas étonnante si on se réfère aux cadres théoriques qui sous-tendent ces modes dans leur littérature et dans les diverses formations dispensées aux praticiens. On réfère alors à une ouverture de l'«offre de service» des praticiens, particulièrement des juristes, en leur permettant de dispenser un service additionnel, moins onéreux, plus rapide et qui a tout de même le mérite d'éviter d'accentuer les conflits comme le modèle contradictoire et d'ainsi permettre aux parties de se «prendre en main» et de choisir leurs solutions, sans qu'elles leur soient imposées.

La littérature sur ces modes nomme elle-même ces continuums intégrés en référence aux pratiques civiles et aux formations. C'est donc ainsi qu'ils sont perçus par les praticiens, sans pour autant nier d'aucune manière les acquis relationnels que ces modes coopératifs et communicationnels offrent. En cela, bien sûr, ils se distinguent du judiciaire, mais pas jusqu'à devenir «alternatifs». Les notions de complémentarité des modes, voire d'intégration, sont donc les plus présentes. Peut-être que de ce terme «alternatif» et d'une certaine connotation «sociale» qu'il porte, pouvons-nous aussi penser que la presque rébellion de certains à l'égard de cette épithète est colorée d'une volonté de ne pas se voir assimilés à cette culture. Cette hypothèse non vérifiée est simplement formulée à partir d'une certaine connaissance du milieu de la pratique, particulièrement en matière commerciale.

Le domaine familial semble se distinguer du domaine civil dans sa perception de la notion d'«alternatif». Ainsi, les praticiens de ce domaine situent ailleurs leur discours à l'«alternativité». Bien que la notion de l'intervention à «l'ombre de la loi» demeure présente, l'alternativité ressort comme finalité du mode en ce qui a trait aux valeurs des gens et des familles, et à leurs émotions

que les processus peuvent gérer. Nous y reviendrons, bien sûr, en regard de l'internormativité. Il ne s'agit donc pas aussi clairement d'un continuum qu'en matière civile, mais plutôt d'une manière différente de voir des relations qui sont par essence intimes, émotives et personnelles. C'est un peu comme si la nature des relations et leur continuité au regard, par exemple, des rapports aux enfants, portaient une finalité différente de l'intervention qui effleure une certaine construction de l'avenir et non seulement du règlement du litige.

Bien sûr, la nature des litiges matrimoniaux et leur évolution dans le temps, particulièrement dans les cas où des enfants sont en cause, sont intrinsèquement porteuses de cette impossibilité de régler une fois pour toutes le différend. C'est donc de cette réalité dont il semble être tenu compte dans la perception de la nécessité d'un changement de vision du règlement du litige que l'on ne retrouve pas nécessairement dans les pratiques civiles.

Par ailleurs, cette pertinence de l'intervention de la médiation dans des conflits où les relations se poursuivent entre les parties est largement véhiculée par la littérature sur les modes de PRD, dont l'un des grands avantages est de permettre la continuité des relations. Cette vision semble toutefois légèrement paradoxale avec l'idéologie du continuum, mais ce paradoxe s'estompe un peu en matière familiale.

Le domaine familial est aussi, du point de vue de la normativité juridique, truffé de dispositions impératives de la loi qui ne permettent pas non plus le développement de pratiques et la conclusion d'ententes entièrement libres des «contraintes légales», particulièrement en matière d'obligations et d'intérêt des enfants.

Ainsi, il semble que les pratiques familiales se situent quelque part entre le secteur pénal et le secteur civil dans la perception d'un «alternatif» de finalité, dirons-nous.

L'«alternativité» pressentie dans les pratiques pénales et les pratiques matrimoniales est non seulement au regard du décisionnel, et du judiciaire comme processus, mais aussi, semble-il, au regard du droit, dans son obligatorité normative.

Plus spécifiquement, alors que la norme pénale sanctionne le comportement prohibé, le processus de la médiation tend à réparer les torts causés. Il intervient donc dans une finalité normative, au sens large, différente de la normativité juridique.

De la même façon, en droit familial, alors que la norme juridique scelle la rupture et vise la concrétisation du divorce sans véritable aménagement relationnel de l'après, la médiation familiale tente de récréer une autre forme de relation qui survivra au divorce et vise ainsi, des objectifs que la normativité juridique n'entrevoit aucunement, sauf en termes d'aménagement de la rupture et d'intérêt de l'enfant. Le relationnel n'est pas géré par le juridique en termes d'une quelconque transformation des rapports, mais, tout au plus, en termes de terminaison de la relation.

Ainsi, le regard vers l'«alternatif» entretenu par ces modes ouvre vers des perceptions d'une certaine «internormativité» que nous tenterons d'identifier, alors que la fermeture à cette «alternativité» semble restreindre l'ouverture à l'«internormativité».

II.2 – Des perceptions de l'internormativité

Le discours de l'insatisfaction à l'égard de la décision judiciaire et celui de la volonté de prise en charge du conflit par les parties semblent ainsi pouvoir traduire une certaine insatisfaction au regard des décisions qu'imposent le droit et les tribunaux. Une praticienne parlait du «sur mesure» que pouvait offrir la médiation en comparaison au «prêt-à-porter» ou, en référence à des propos tenus par un magistrat, au «costume militaire» que confectionne la décision judiciaire. Ces propos révèlent très certainement la difficulté du judiciaire à offrir par la norme juridique et son processus de traduction du conflit les solutions qui soient mieux adaptées au contexte.

Or, le contexte que le judiciaire n'offre pas est souvent qualifié en termes de choix de solutions non offertes : modalités d'exécution en nature ou, plus encore, renégociation ou choix relatifs aux valeurs et aux normativités du conflit.

Les réponses ne le disent pas nécessairement expressément, mais elles sous-tendent, en tout cas, que la médiation peut très certainement offrir un élargissement des «options», pour reprendre la terminologie à la base des théories élaborées par Ury et Fisher et qui sont largement enseignées comme fondement à la négociation et à la médiation.

Essentiellement, la question de l'internormativité a été abordée indirectement par trois questions posées aux praticiens : d'abord, dans celle sur «l'alternativité» des processus et dans la sous-question leur demandant de situer le rapport au droit et la place qu'il occupe dans la gestion du différend; puis, par une question ouverte portant sur les causes véhiculées de l'émergence des modes de PRD, en réponse à laquelle les praticiens pouvaient bien évidemment élaborer sur d'autres causes, dont, peut-être, celles des «insuffisances» ou de la crise du droit.

Cette question était ainsi formulée dans le guide des entrevues semi-dirigées :

Selon d'autres auteurs, l'apparition de la médiation/conciliation s'expliquerait principalement par la surcharge des tribunaux. Le nombre de causes est trop considérable, les ressources limitées et les délais trop longs etc.

Une question plus ciblée était ensuite posée afin de permettre aux praticiens interrogés de nommer un certain apport en termes de «potentiel transformateur» de la justice par les modes de PRD :

Selon certains auteurs, nous assisterions actuellement à travers les nouveaux modes de règlement des différends à l'émergence d'une nouvelle conception de la justice sociale. Certains y voient un passage d'une justice formelle (axée sur les droits) à une justice plus humaine axée sur les rapports harmonieux en société.

Quant aux causes d'émergence des modes de PRD, elles sont peu présentes dans la littérature concernant ces modes³⁷ en termes de réponses à la crise du droit ou de la normativité juridique. Il est plutôt fait référence à la surcharge des tribunaux, aux coûts de ces processus ainsi qu'à ce que nous nommons, pour reprendre l'expression d'Habermas, la «surcharge du droit»³⁸. Or, nos données établissent d'abord que certains praticiens reconnaissent cette surcharge de la normativité juridique, du moins dans ses causes contemporaines. Certains praticiens sont très conscients du flot de législations et de réglementations produites ces dernières années et conséquentes du développement de l'État providence. La réflexion d'une praticienne du domaine des relations de travail est intéressante : devant cette intrusion de l'État partout, il n'est pas surprenant que les gens aient envie de régler eux-mêmes leur conflit. Elle pressent cette surcharge du droit, mais aussi et surtout, son inefficacité à régler les conflits, comme les gens le voudraient. Autrement, la surcharge du droit serait satisfaisante.

De même, des réflexions de praticiens du domaine familial révèlent une certaine inefficacité du judiciaire et du droit à offrir la meilleure solution aux parties qui, elles, savent ce qui est le mieux pour elles. Encore là se décèle une certaine perception des limites du juridique à offrir, dans l'application, la meilleure solution pour les parties.

Ainsi, compte tenu de cette conscience relativement présente des possibilités d'adaptation de la solution judiciaire ou même juridique aux besoins des parties, il n'est pas étonnant que les réponses sur la question de la surcharge des tribunaux en termes de délais, de coûts et de ressources aient été nuancées.

De fait, plusieurs praticiens ont répondu être en accord (de trois à cinq sur une échelle de cinq) avec cette question, mais ils ont formulé des nuances quant aux étapes de l'émergence des modes de PRD. Ils ont essentiellement dit que les législations qui promouvaient les modes de PRD avaient probablement été adoptées afin de trouver des solutions rationnelles à la surcharge des

37. Nous référons ici au discours des promoteurs de ces modes, et non aux communications de plus en plus nombreuses sur les modes de PRD, issues de la littérature savante, qui les situent tant sociologiquement que d'un point de vue philosophique.

38. Habermas, *supra* note 15.

tribunaux, mais que le mouvement les ayant précédées n'était pas issu de la surcharge des tribunaux. Il est intéressant de noter que le développement et l'institutionnalisation des modes de PRD sont bien perçus bien qu'alimentant des craintes chez plusieurs praticiens qui entrevoient plus d'une cause à leur émergence.

Comment les praticiens ont-ils vu, au regard de ces trois questions générales, cette problématique de la norme juridique et de l'ouverture sur d'autres normativités? Essentiellement, au regard des indicateurs induits des thèses des professeurs Legault et Macdonald, un premier constat se pose : il y a une certaine appréhension internormative dans les discours des pratiques. Par ailleurs, l'usage qui est fait de cette internormativité par le processus, tant dans sa gestion que dans la finalité contextualisée de cette gestion, est peu abordé, du moins pas aussi précisément que dans la vision des professeurs Legault et Macdonald.

Dans le domaine familial, certains praticiens parlent, au sujet de la question concernant «une nouvelle justice sociale», d'un retour par la médiation à des valeurs, à la richesse des liens, à des solutions tenant compte des valeurs des gens et, ce qui est intéressant, à des solutions évolutives, non figées dans leur application.

Plus encore, des praticiens entrevoient le droit comme une référence parmi d'autres, dont les intérêts et les valeurs des gens. Ainsi, une certaine conjonction des normes, une certaine conscience d'un choix normatif régissant le différend est entrevue, ce qui nous place dans un lieu de mouvance d'une certaine internormativité.

Cette terminologie «des valeurs des gens» n'est certes pas sans arrimage avec l'extension du conflit vers des modes de régulation plus élargis que ceux qu'offre le droit. Le professeur Legault réfère aux valeurs dans la construction du «vivre ensemble», et le professeur Macdonald, en les nommant autrement, les intègre aussi.

Quant à la question de l'internormativité, les distinctions entre les domaines sont moins évidentes. Le discours du «sur mesure» donne ouverture

à cette internormativité. Toutefois, ce sera dans la gestion qui en sera faite que les réponses sur son usage dans la décision, dans le consensus, pourront peut-être apparaître. À ce stade, l'état de la recherche empirique ne permet pas de tirer quelque conclusion.

Toutefois, si le droit demeure la référence principale, les normativités du type des valeurs ne permettront alors que de favoriser la communication, sans pour autant que les consensus portent un «ordonnancement» des normativités ou un véritable choix normatif.

Néanmoins, en regard de ses dispositions d'ordre public, la loi est souvent perçue comme un complément, une référence. Une remarque du professeur Legault lors des entrevues et résumant la position d'un praticien est révélatrice : «la loi ne dicte pas, elle dit». Ainsi, son obligatorité et son monopole normatif de référence semblent altérés par les processus.

La notion des «options» bien connue dans la gestion des processus est très certainement celle qui est la plus porteuse de l'extension du conflit par la recherche qu'elle présuppose d'une multiplicité de solutions. Cette perception fait l'unanimité chez les praticiens qui ont tous de la médiation cette vision d'un processus qui vise la recherche d'options de règlement, mais rarement des options de transformation de la relation. Ce sera notamment dans le rapport à «l'alternativité» que la distinction entre la recherche d'un règlement et celle d'une certaine transformation de la relation par la construction d'un «vivre ensemble» pourra être appréhendée.

En bref, un survol des visions des praticiens semble ouvrir un passage d'une société de droit vers quelque chose de plus large. Par contre, cet élargissement ne se traduit encore qu'en termes d'une perception d'une harmonisation des rapports et fort peu en termes de transformation des régulations sociales.

Conclusion

L'intégration, la complémentarité ou l'«alternativité» des modes de PRD en regard du droit et du judiciaire est au centre des questions relatives à leur

«potentiel transformateur» de la justice théoriquement entrevu dans cette contribution.

Ce faisant, ce sont les seules finalités pressenties, puis effectives, de ces modes qui peuvent permettre d'entrevoir une transformation de la régulation par le droit vers une régulation autre. Ce constat se révèle de l'hypothèse posée par la Commission du droit au regard du lien étroit tissé entre la perception du conflit et le type de justice appréhendé par les modes de PRD, puis des paramètres théoriques issus des avancées comparées des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald.

Par ailleurs, il est présomptueux d'affirmer que les modes de PRD puissent être porteurs de quelque transformation de la justice par une simple approche communicationnelle et informelle du conflit. De fait, cela semble une croyance qui risque d'éradiquer tout potentiel transformateur de ces modes.

En effet, leur «alternativité» devra se révéler au regard de la norme juridique par l'extension d'une définition du conflit qui intègre les diverses normativités qui le composent et en permettent la gestion contextualisée de même que l'intégration à la construction du consensus. Autrement, les modes de PRD corroboreront leurs critiques les plus acerbes et ne seront que des modes de désencombrement des tribunaux, plus efficaces, moins onéreux, certes, mais offrant une normativité juridique à rabais, hors des garanties offertes par le droit et son formalisme.

Les pistes de cette gestion de l'internormativité se dessinent par ailleurs. Elles émergent de la vision des modes eux-mêmes, de la conscience de leur inscription sociale et de la définition qui résulte de l'amplitude du conflit.

Or, aussi longtemps que les modes de PRD ne seront perçus que comme des modes communicationnels et que les enjeux qu'ils posent ainsi que leur potentiel comme modes de régulation sociale ne seront pas intégrés, tant dans l'idéologie que dans les processus, ils ne seront qu'individualisation du droit. Pire encore, ils ne seront que gestion thérapeutique au service de l'efficacité et de l'endiguement des différends. Plus humains en ce sens, ils restent néanmoins pavés de risques sociaux considérables en termes de démocratie et de droit.

Des efforts théoriques de conceptualisation des processus contextualisés doivent être poursuivis afin que l'outil puisse livrer son potentiel de reconstruction des situations que les conflits, de tout acabit, ont dévastées.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'HYPOTHÈSE DU PLURALISME JURIDIQUE DANS LES SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES AVANCÉES

Auteur(s) : Roderick A. MACDONALD

Revue : RDUS, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 133-152

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12300>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12300>

Page vide laissée intentionnellement.

L'HYPOTHÈSE DU PLURALISME JURIDIQUE DANS LES SOCIÉTÉS DÉMOCRATIQUES AVANCÉES

par Roderick A. MACDONALD*

SOMMAIRE

Avant-propos	135
Introduction	135
I. La conjugaison des identités multiples et le pluralisme juridique	138
II. La justice dans les quartiers multiethniques et multiculturels sous l'angle du pluralisme juridique	144
Conclusion	152

*. Titulaire de la Chaire F.R. Scott en droit constitutionnel et en droit public à la Faculté de droit, Université McGill; ancien Président de la Commission du droit du Canada. Je tiens à remercier mon collègue Jean-François Gaudreault-DesBiens qui a gentiment consenti à commenter une version antérieure de ce texte. Texte original présenté au colloque «Les transformations du droit et la théorie normative du droit», tenu le 16 mai 2001 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke (69^e Congrès de l'ACFAS). Une version préliminaire de ce texte fut présentée au colloque «Diversité culturelle et médiation : modèles, approches et stratégies pour quelle société?» au Laboratoire d'anthropologie juridique, le 11 décembre 2000 à Paris, France.

Avant-propos

Le droit n'est pas autant un fait social qu'une construction sociale. Le droit n'existe comme phénomène normatif que dans la mesure où il est reconnu à ce titre par les citoyens.

L'idéologie de la modernité soutient essentiellement que (1) le droit est uniquement rattaché à l'Etat politique (centralisme); (2) qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique correspondant à un seul espace géographique (monisme); et (3) que le droit est toujours le produit d'une activité explicite d'institutions telles que la législature (positivisme).

Ni l'une ni l'autre de ces trois perspectives idéologiques n'est soutenable aujourd'hui comme hypothèse pour penser le droit dans les sociétés multiculturelles. Par contre, l'hypothèse du pluralisme révèle l'impact de divers ordres juridiques autonomes et concurrentiels dans nos vies quotidiennes. Elle nous permet de voir dans quelle mesure le sujet de droit est effectivement celui qui crée le droit. Enfin, cette hypothèse montre que le sujet de droit est celui qui rend possible le fonctionnement de toutes les institutions juridiques -- étatiques ou autres -- en leur accordant leur légitimité.

La problématique fondamentale du droit contemporain a trait à la conciliation des divers ordres juridiques reconnus et créés par les citoyens et citoyennes. Trouver des moyens de concilier les conflits normatifs dans notre propre vie est le premier pas pour trouver des moyens de concilier les conflits normatifs interculturels.

Introduction

1. Le but de ce court texte est double : (1) dans la première partie, je jette les bases d'une perspective théorique du droit qui, selon moi, répond mieux aux besoins des sociétés multiethniques et multiculturelles; (2) dans la deuxième partie, j'essaie d'identifier la conception des institutions et le processus d'ordonnancement juridique implicites qui sous-tendent une telle perspective théorique. La perspective s'appelle le pluralisme juridique et le processus d'ordonnancement qu'elle privilégie s'appelle la médiation.

2. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il m'incombe de faire une mise en garde en ce qui a trait à la nature de toute perspective théorique sur le droit. Le rapport entre les perspectives théoriques et les faits sociaux qu'elles cherchent à expliquer n'est pas un rapport objectif et scientifique. Puisque les faits sociaux sont eux-mêmes constamment en construction, le rapport en question n'est jamais fixe, mais est plutôt en transformation, donc difficile à saisir. Il découle de cela que la perspective théorique que j'élabore dans ce texte n'est pas nécessairement davantage reliée aux faits sociaux que d'autres perspectives théoriques, notamment celle qu'on qualifie de théorie jacobine (ou républicaine) classique. Cette perspective veut que le droit soit exclusivement rattaché à l'État politique, qu'il soit un assemblage systémique de règles de conduite générales, abstraites et objectives, et que seuls les tribunaux juridictionnels officiels qui tranchent les litiges soient les garants de son intégrité. Bien que la théorie jacobine soit de plus en plus contestée en Amérique du nord, elle semble rester dominante en Europe.

Il se peut que la théorie républicaine classique ait une certaine utilité pour éclairer et pour expliquer le droit dans les pays démographiquement homogènes (ou officiellement présumés l'être), mais franchement, j'en doute. Quoi qu'il en soit, je suis convaincu que la perspective théorique non traditionnelle exposée dans ce texte est plus révélatrice du phénomène juridique et plus utile pour comprendre le droit et ses possibilités dans les pays qui sont démographiquement hétérogènes. Au fond, je crois que le grand projet sociétal que nous appelons droit se conçoit mieux comme une pratique émancipatoire pour tous les citoyens si l'on adopte l'approche pluraliste. Je crois aussi que la théorie du pluralisme juridique nous offre des concepts, des outils et des institutions pour mieux résoudre les conflits interculturels. En fin de compte, l'approche pluraliste sert à réorienter la manière dont ces conflits sont compris en invitant les juristes à reconnaître et à concilier les divers ordres juridiques dans le cadre desquels ils s'expriment.

3. Toute théorie juridique repose sur des présupposés ayant trait à la nature de l'être humain et de la société et aux croyances inspirant les notions de patrie, de culture, d'amour, de haine, de liberté, d'égalité, de fraternité, etc. Pour qu'une théorie quelconque soit persuasive, ses adhérents doivent justifier pourquoi leur vision des êtres humains et de la société est plus valable et plus viable -- ou

mène à une société plus libre, plus démocratique et plus juste -- que la vision des autres.

D'où cette mise en garde : la théorie du pluralisme juridique, comme toute autre théorie, n'est rien de plus qu'une hypothèse. Une théorie n'est ni vraie, ni fausse; elle nous permet d'imaginer le réel et de modeler ce réel selon les valeurs auxquelles nous adhérons. Son utilité principale réside dans les questions qu'elle nous oblige à nous poser.

4. Que dire des conflits interculturels eux-mêmes? De jeunes enfants qui jouent dans un carré de sable s'amuse selon le modèle que les psychologues appellent le jeu en parallèle. Chaque enfant habite un monde qui n'est ni interrompu ni interpellé par les autres. L'identité individuelle de chacun se construit en partie sans la connaissance et la reconnaissance d'autrui. Ce n'est que dans le cas des conflits touchant les frontières de leur espace privé -- le territoire, les objets, le bruit, l'attention des parents, par exemple -- que nous, les observateurs, percevons que ces enfants ne jouent pas véritablement ensemble. Il n'en demeure pas moins que dans ces situations conflictuelles que la constitution de l'identité des enfants comme des êtres humains qui agissent en société, et par rapport auxquels d'autres agissent en société, n'est rendue explicite.

Paradoxalement, les groupes d'adultes partageant le même espace public dans un quartier multiethnique d'une grande ville, ou même dans un État politique, adoptent un modèle d'interaction presque identique. La plupart des activités quotidiennes se font sans égard aux autres, et sans le regard des autres. On ne peut prétendre qu'il existe une situation d'équilibre statique entre ces divers groupes sociaux; il n'existe pas d'ordre définitif dans une société multiculturelle non plus qu'il n'existe de système normatif monolithique et intégré -- le droit étatique, par exemple -- pour régler l'action et l'interaction de ces groupes. L'espace public sert de lieu de rencontre où se produit le flou du quotidien; l'espace public sert de lieu de médiation interculturelle.

5. Dans ce texte, je tracerai les rapports entre la nature hypothétique des théories juridiques et l'interaction normative des groupes dans les sociétés multiethniques. La recherche que je poursuis depuis maintenant 12 ans m'amène à une conclusion qui est tout à fait inattendue en comparaison des

attentes que j'avais au début de ces recherches, en 1989. Pour rappeler, entre 1989 et 1991, j'ai été président d'un groupe de travail ministériel sur l'accès à la justice au Québec. Entre 1991 et 1997, je bénéficiais d'une subvention de recherche pour étudier le multiculturalisme dans l'un des quartiers les plus hétérogènes sur le plan ethnico-culturel à Montréal. Entre 1997 et 2000, j'ai été Président de la Commission du droit du Canada.

6. En bref, voici cette conclusion : les questions dites épistémologiques concernant la nature des interactions humaines (que ce soit dans un milieu homogène ou que ce soit dans un milieu extrêmement hétérogène) et les questions dites ontologiques sur la définition et l'objet du droit se posent inéluctablement avant les questions concernant la façon dont les conflits interculturels sont perçus, compris et éventuellement réglés.

En d'autres termes, les leçons juridiques à tirer des rencontres et, parfois, des conflits interculturels dans les pays occidentaux sont assez claires. Ces rencontres et ces conflits nous enseignent que le droit n'est pas mieux conçu comme un phénomène social objectif, édicté et imposé par un législateur officiel, capable de gérer sans heurts les rapports interculturels. Il est mieux conçu comme une construction sociale subjective, émergeant dans l'activité et l'interaction quotidiennes. Le droit, y compris le droit étatique, n'existe que dans la mesure où les citoyens et citoyennes le reconnaissent comme tel.

I. La conjugaison des identités multiples et le pluralisme juridique

7. Qu'est-ce que donc cette théorie de pluralisme juridique? D'abord, elle n'est pas un dogme. Le pluralisme juridique se conçoit comme un hypothèse pour imaginer et pour aborder la normativité dans les sociétés hétérogènes, de manière à mieux actualiser les idées de liberté, d'égalité et de fraternité. Il est, à la fois, plus démocratique (c'est-à-dire, plus respectueux de l'idée voulant que l'opposition au consensus établi ne fonde la vraie démocratie) et moins dirigiste (c'est-à-dire, qu'elle cherche moins à réglementer les croyances, les pratiques et les modes de définition de soi) que l'idéologie dite républicaine. Cette approche ne permet pas des distinctions nettes entre la normativité (en fait je devrais dire

les normativités) de l'État et les normativités de la société civile. Le pluralisme conçoit toutes ces normativités comme des ordres juridiques¹.

8. L'idéologie juridique de la modernité -- c'est-à-dire l'idéologie provenant des trois grandes révolutions politiques des XVII^e et XVIII^e siècles (celle de l'Angleterre en 1688, celle des États-Unis en 1776; et celle de la France 1789) -- se construit autour de trois postulats. Elle veut : (1) que le droit soit uniquement rattaché à l'État politique (c'est le présupposé du centralisme); (2) qu'un seul ordre juridique puisse correspondre à un seul espace géographique (c'est l'hypothèse du monisme); et (3) que le droit soit toujours le produit d'une activité explicite des institutions telles que les législatures (c'est le postulat du positivisme).

Le monisme, le centralisme et le positivisme ne sont évidemment que des hypothèses; j'insiste là-dessus. Ni l'une ni l'autre de ces caractéristiques présumées fondamentales n'est un fait social qui se rapporte à une réalité empirique. Toutes sont le fruit d'idéologies, même si les positivistes endurcis affirmeraient décrire la réalité telle qu'elle se donne à voir. Il existe, certes, les phénomènes sociaux mais leur interprétation et leur sens sont construits à travers les lentilles des idéologies et des théories.

1. La conception du pluralisme juridique exposée dans ce texte est abordée plus en détail dans les articles suivants : R. A. Macdonald, «Metaphors of Multiplicity : Civil Society, Regimes and Legal Pluralism» (1998) 15 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 69; «Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law» dans A. Lajoie *et al.*, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montreal, Thémis, 1998 à la p. 12; «Pluralism in Law and Regime Theory» dans R. Wolfe, dir., *Transatlantic Identity* [:] *Proceedings of the 1996 Canada-U.K. Colloquium*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1997 à la p. 37; «Justice, Immigration and Legal Pluralism» dans P. Kelly, dir., *Colloque dans le domaine de la justice et de l'immigration*, Ottawa, Metropolis Project, 1997 à la p. 94; «What is a Critical Legal Pluralism?» (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 25 (avec la collaboration de Martha-Marie Kleinhans); «Les vieilles gardes, Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives» dans J.G. Belley, dir., *Le droit soluble* [:] *Contributions québécoises à l'étude l'internormativité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996 à la p. 233; «Should Judges Be Legal Pluralists» dans *Aspects of Equality : Rendering Justice*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1996 à la p. 229; «Recognizing and Legitimizing Aboriginal Justice : Implications for a Reconstruction of Non-Aboriginal Legal Systems in Canada» dans *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1993 à la p. 232.

9. Le succès jusqu'à tout récemment de l'idéologie juridique républicaine a d'abord et avant tout été le résultat de trois facteurs socio-politiques de l'époque révolutionnaire : l'homogénéité et le faible pourcentage de la population admise à titre de citoyen; le caractère plutôt statique de la population et de l'économie; et le rôle relativement restreint qu'a joué l'État politique dans la vie normative de la population. Aucun des ces trois «faits sociaux» n'existe aujourd'hui : la population des États occidentaux est de plus en plus hétérogène au point de vue socio-démographique; la société est constamment en mutation et, même dans un milieu rural jadis isolé, les institutions traditionnelles s'effondrent; et le secteur public joue un rôle accru dans la vie quotidienne depuis l'avènement de l'État-providence. Pour ces raisons, les trois postulats de la théorie juridique classique cadrent de moins en moins bien avec la socio-démographie des sociétés contemporaines.

L'hypothèse du pluralisme juridique, par contre, relativise l'ordre juridique étatique en nous invitant à voir une multiplicité d'ordres juridiques concurrents. Pour bien situer la contribution que peut faire le pluralisme juridique dans les sociétés occidentales, il faut commencer par examiner les circonstances sont à l'origine des thèses pluralistes du 20^{ième} siècle.

10. Depuis quarante ans, les anthropologues qui ont travaillé en Afrique, en Océanie ou au nord du Canada avec les peuples autochtones, ou encore en milieu urbain (dans les favelas du Brésil, les ghettos juifs de New York, les quartiers hispaniques de Miami, par exemple) ont constaté que le droit étatique n'avait presque aucun effet normatif pour la plupart des populations étudiées. Il existait d'autres ordres juridiques non étatiques beaucoup plus puissants. Ces anthropologues ont alors essayé de comprendre la nature de cette normativité non étatique et, pour ce faire, ils ont proposé l'hypothèse du pluralisme juridique qu'en parallèle et en concurrence avec le droit étatique, il existe d'autres droits.

Selon l'hypothèse pluraliste, tout ordre juridique est constitué par les pratiques et les croyances des sujets. Le droit trouve sa source non pas dans la coercition qu'impose le pouvoir politique mais plutôt dans les interactions humaines. Pour identifier les divers sites du droit, les anthropologues ont pris l'habitude de parler ou de champs sociaux semi-autonomes, ou d'identité ethnique et religieuse, ou de sentiment de classe. En d'autres termes, les premières thèses pluralistes ont remplacé un critère normatif formel et

institutionnel (l'État) par un critère substantiel et sociologique (géographie, religion, culture et classe sociale). Ces anthropologues ont contesté explicitement l'un des trois postulats fondamentaux de la théorie juridique républicaine, celui de l'identification du droit avec l'État politique (le centralisme). Pour eux, tous ces autres ordres juridiques sont des faits sociaux normatifs qui existent en compétition avec la normativité de l'État.

11. Plus récemment, une autre approche au pluralisme juridique, plus radicale, s'est manifestée. Selon cette approche, les deux autres postulats classiques, soit le monisme et le positivisme, sont également suspects. La théorie radicale du pluralisme juridique postule que le droit est plus un mode de connaissance, une manière distinctive d'imaginer le réel, qu'un fait social. Elle tient pour acquis que la connaissance est un processus de création et de maintien du réel. Les sujets de cette connaissance sont aussi ses objets. Contrairement à la théorie républicaine et aux approches anthropologiques de la théorie du pluralisme, qui conçoivent le sujet de droit uniquement sous un angle passif (soit le sujet sur lequel le droit agit), la théorie radicale du pluralisme conçoit le sujet de droit également comme un acteur moral (le sujet actif qui confectionne le droit qui lui est applicable). La connaissance juridique est ultimement une manière distinctive d'imaginer le soi, un processus de création et du maintien du soi.

Dans la perspective du pluralisme juridique radical, le soi (sujet) est inévitablement multiple; ni l'une ni l'autre des multiples personnes que nous sommes ne prédomine sur les autres en toute occasion. Au contraire, notre vécu nous permet précisément d'exprimer l'une ou l'autre de ces personnes selon les circonstances. Dans nos rapports avec les autres, nous choisissons constamment laquelle de nos identités nous voulons privilégier, tout comme les autres nous assignent également les identités qu'ils veulent privilégier. Nous faisons appel à des critères de cohérence pour nous auto-évaluer dans le contexte des diverses possibilités qui nous sont ouvertes, et pour choisir l'ordre juridique qui nous convient davantage à un moment donné. Ce processus d'auto-évaluation se déroule comme la médiation entre nos identités multiples.

12. Nous vivons plusieurs dimensions identitaires tous les jours. Si nous cherchons à nous comprendre et à nous présenter sous l'angle de nos rapports juridiques formels avec d'autres sujets, nous pouvons dire que nous sommes, par

exemple, des consommateurs, des clients, des enfants, des parents, des époux, des légataires, des employés, des voisins, des associés, etc.

Si nous nous décrivons par rapport à nos motivations, nous pourrions dire que nous sommes téméraires, sensibles, égoïstes, altruistes, curieux, songeur, jaloux, etc. Si nous nous décrivons selon nos attaches institutionnelles, nous pouvons nous décrire comme des juristes, de juges, des professeurs, des catholiques, des citoyens, des actionnaires, des membres, etc.

Si nous nous décrivons en fonction de certains attributs identitaires visibles imposés à nous par d'autres nous sommes des hommes, des femmes, des Blancs, des Noirs, des Bruns, des Rouges ou des Jaunes, des grands, des petits, des maigres, des gros, des chevelus, des chauves; etc.

Si nous nous décrivons sous l'angle de notre rapport avec l'État politique tel que défini par cet État, nous sommes des citoyens ou citoyennes, des immigrés, des mineurs, des détenus, des inaptes, des fonctionnaires, des hommes ou des femmes politiques, etc.

Le sujet juridique est à la fois un être qui s'identifie de multiples façons et qui est identifié par d'autres de multiples façons. Son appartenance à un ordre juridique quelconque s'établit en fonction du critère identitaire du jour. Le droit étatique peut bien le qualifier de citoyen mais à l'intérieur de sa famille la qualification juridique la plus significative se situe autour des concepts de père, fils, mari, beau-frère, et ainsi de suite. La famille peut bien le qualifier de père et fils mais à l'intérieur de l'université où il travaille, par exemple, ce sont plutôt les concepts de professeur, collègue, et président de comité qui organisent ses rapports juridiques avec les autres.

13. Le sujet de droit ne choisit pas seul son appartenance à un ordre juridique quelconque ni la qualification que cet ordre juridique lui propose. Toute personne se fait qualifier de sujet de droit par l'État, par la société, par la communauté, par le lieu de travail et par d'autres sujets de droit. Mais comme le sujet de droit lui-même, ces ordres juridiques, qu'ils soient étatiques, sociétaux, communautaires, ou économiques, ne sont que des hypothèses. Ces ordres sont constitués des connaissances qu'ils possèdent, qu'ils créent et qu'ils partagent avec d'autres. Selon les théories républicaines, le droit est constitué

de ses institutions formelles : leurs règles, leurs agents et organes, et leurs sanctions. Ces théories se préoccupent de la façon dont ces institutions façonnent les sujets. La théorie pluraliste, par contre, comprend le droit en examinant la manière dont les sujets façonnent les institutions à travers les interprétations des connaissances qu'ils et elles en donnent.

Cette perspective pluraliste est évidemment déstabilisante pour les institutions et les officiers de justice étatique tels que la police, les fonctionnaires, les magistrats. Elle les oblige à reconnaître que leur rapport avec le droit et leur responsabilité envers lui n'est pas uniquement tributaire de normes juridiques étatiques. Plus encore, leur rapport avec et leur responsabilité envers lui n'est non plus tributaire de leur propre imagination (leurs croyances) et leurs pratiques (leurs comportements). En effet, selon la perspective pluraliste, le droit étatique lui-même n'est que le produit d'une construction réciproque -- une médiation constante -- entre les sujets du droit et les sujets qui exercent un rôle institutionnel (les officiers).

14. Toutefois, la vie inter- et intrasubjective n'est ni radicalement démocratique ni radicalement égalitaire. Je ne prétends pas que l'hypothèse du pluralisme, soit l'idée que les sujets de droit sont également ceux qui façonnent le droit, nous permette comme société de surmonter la discrimination, l'abus du pouvoir et les conflits interculturels. Voici pourquoi j'arrive à cette conclusion.

D'abord, en tant que sujet de droit passif ou objet de l'ordonnancement juridique, je suis conscient que ceux qui détiennent le pouvoir social vont, en fin de compte, tenter d'imposer non seulement leur interprétation du droit, mais aussi celle de ce que je suis, laquelle correspondra à l'image qu'ils se font de moi. Que ce contrôle s'exerce directement par l'imposition d'une contrainte qui se présente comme légitime (par exemple, celle qu'impose la police), ou qu'elle s'exerce indirectement par l'idéologie du pouvoir légitime (surtout le pouvoir législatif de l'État), ces détenteurs du pouvoir social vont donc me réduire à une seule dimension de mon soi. Ils vont m'imposer celle des diverses qualifications du droit étatique qui leur convient le mieux .

De plus, comme sujet de droit actif (ou créateur de l'ordonnancement juridique), je suis conscient que toutes mes interprétations du droit ne sont pas également persuasives et que, par conséquent, toutes mes identités ne sont pas

également puissantes. Mais parce que seul le sujet possède l'autorité de raconter authentiquement l'interprétation de sa vie normative, en la racontant constamment, il sert à engager, à éduquer et à influencer l'imagination interprétative des autres.

15. Le pluralisme juridique radical nous permet de voir dans quel mesure le sujet de droit est effectivement celui qui crée le droit et celui qui façonne les ordres juridiques. Il révèle également que c'est le sujet de droit qui permet à toutes les institutions juridiques, étatiques ou non étatiques, de fonctionner en leur accordant ou en leur refusant leur légitimité. En fin de compte, la perspective pluraliste radicale rejette le postulat des autres théories pluralistes voulant que la culture, la religion ou l'ethnie peuvent à elles seules déterminer les frontières du droit et des ordres juridiques. Tout comme l'État, ces phénomènes sociologiques sont construits. La pluralité des ordres juridiques reste toujours dans l'imaginaire des sujets, dans la pluralité de leurs conceptions de leur soi.

II. La justice dans les quartiers multiethniques et multiculturels sous l'angle du pluralisme juridique

16. Quelles institutions et quels processus d'ordonnement juridiques, la perspective pluraliste sous-tend-elle? Et dans quelle mesure les théories pluralistes nous permettent-elles de reconcevoir le droit afin qu'il réponde mieux aux besoins normatifs d'une société multiculturelle?

Le défi se résume ainsi. Pour réimaginer le droit non pas comme une règle abstraite, impersonnelle, institutionnelle et formelle imposée de l'extérieur par l'autorité compétente mais plutôt comme un lieu de rencontre, il nous faut un appareil conceptuel nouveau. Il faut reconstituer la norme non pas comme une règle imposée mais plutôt comme une règle négociée. Il faut reconcevoir la décision non pas comme l'énoncé officiel d'un magistrat mais plutôt comme le fruit d'un accord entre les justiciables. Et il faut revoir le décideur non pas comme le sage qui tranche un débat contradictoire mais plutôt comme un facilitateur dans le cadre d'une médiation interpersonnelle, culturelle et sociale.

17. Affirmer que le droit comprend des ordres juridiques autres que le régime étatique est problématique pour la police, les fonctionnaires et les

magistrats parce qu'ils se voient dès lors obligés de transiger avec les normes, pratiques et usages provenant de ces autres ordres juridiques. Mais prétendre en plus que tout ordre juridique se construit dans l'usage qu'en font des sujets qui le rendent légitime risque de miner le caractère normatif du droit étatique. Pour cette raison, les juristes (et surtout les professeurs de droit) ont tendance à souscrire à une conception instrumentaliste du droit selon laquelle les normes, les procédures et les institutions du droit étatique peuvent être révisées pour réglementer directement les rapports interculturels. Ainsi, ils cherchent à constituer un droit formel qui caractérise ces rapports interculturels en termes de conflits susceptibles de résolution par des processus juridictionnels. L'hypothèse du pluralisme juridique met en question cet exercice de réforme du droit étatique.

Par ailleurs, ce n'est pas seulement au niveau théorique que la perspective républicaine fait défaut. Les conclusions d'une étude sur la vie quotidienne des membres des groupes ethniques démontrent le peu d'impact que peut avoir le droit étatique. Pendant cinq ans, j'ai dirigé une équipe de recherche qui poursuivait un projet ayant pour objectif d'examiner l'engagement civique des citoyens et citoyennes en retraçant leur participation au processus officiel de gouvernance et la fréquence de leur recours aux institutions étatiques de règlement des conflits. Comme hypothèse de départ, nous nous sommes posé la question suivante : dans quelle mesure les membres de diverses communautés culturelles se servaient-ils des tribunaux civils pour régler leurs conflits intraculturels et interculturels?

Pour répondre à cette question, nous avons repéré l'usage d'une institution étatique «populaire» et en avons analysé l'usage. Nous aurions pu choisir parmi de nombreuses institutions étatiques telles que la Régie du logement et le Tribunal du bien-être social, mais notre objectif fut plus ciblé. Nous voulions connaître l'usage des institutions traditionnelles de règlement des conflits -- la cour de justice -- pour évaluer l'impact des normes et des procédures du droit étatique dans les situations de conflits intraculturels et

interculturels. Pour ce faire, nous avons entrepris une étude empirique de la Cour des petites créances de Montréal².

18. Plusieurs facteurs motivaient ce choix. D'abord, selon les sondages, le niveau de connaissance de cette institution parmi toutes les couches de la population est très élevé. Ensuite, par sa nature, elle est une institution étatique de règlement de conflits entre les citoyens agissant à titre privé. Finalement, cette cour a plusieurs particularités structurelles et procédurales ayant pour but d'y faciliter l'accès par les citoyens et citoyennes. Quelles sont ces particularités?

Premièrement, seules les personnes physiques sont, en principe, admises comme demanderesses. À l'époque de l'étude, aucune société, aucune personne morale, aucune corporation -- commerciale, religieuse ou étatique -- ne pouvait se porter demanderesse. De plus, sauf exception pour les personnes handicapées, aucun avocat ou avocate ne peut plaider à titre de représentant, que ce soit du demandeur ou du défendeur. Troisièmement, la Cour siège dans des locaux situés dans des quartiers résidentiels et ses heures d'ouvertures sont de neuf heures à vingt et une heures. Quatrièmement, la Cour est dotée de personnel de soutien, comme des greffiers, pour aider gratuitement les demandeurs et les défendeurs à remplir les formulaires. Cinquièmement, les frais pour intenter une action en justice ont été fixés à un tarif modique soit \$25. Sixièmement, avant de procéder devant le juge, un processus de médiation gratuit devant le service de médiation de la Cour est obligatoire. Septièmement, en rupture avec le modèle anglo-saxon traditionnel d'adjudication contradictoire, les juges de la Cour ont le mandat d'aider les parties à préciser leur cause et ils

2. Voir, notamment, les études suivantes : «Tales of Wows and Woes From the Masters and the Muddled : Navigating Small Claims Court Narratives» (1998) 16 Windsor Y.B. Access Just. 48 (avec la collaboration de Seana C. McGuire); «Small Claims Courts Cant» (1996) 34 Osgoode Hall Law Journal 509 (avec la collaboration de Seana C. McGuire); «Judicial Scripts in the Dramaturgy of Montreal's Small Claims Court» (1996) 11 Revue canadienne de droit et société 63 (avec la collaboration de Seana C. McGuire). Pour les autres études, voir : «Problèmes de participation aux services de la protection juridique» in S. Langlois, *et al.*, dir., *Traité des problèmes sociaux*, Quebec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1979, (1994) à la p. 907; «Theses on Access to Justice» (1992) 7 Revue canadienne de droit et société 23; «Accessibilité pour qui : Selon quelles conceptions de la justice» (1992) 33 C. de D. 457; «Access to Justice and Law Reform» (1990) 10 Windsor Y.B. Access Just. 287.

ont été choisis pour y siéger à cause de leur intérêt pour cette Cour. Finalement, bien que les juges soient tenus d'appliquer le droit, ils disposent d'une large discrétion quant aux règles de preuve et aux procédures d'audition.

19. Malgré que tous ces arrangements institutionnels aient pour but de faciliter l'accès par toutes les couches de la population à la Cour, et malgré qu'ils soient assez connus dans les milieux populaires, les résultats de nos études empiriques ont révélé le peu d'impact qu'a cette Cour sur l'accessibilité de la justice étatique. Comment en sommes-nous arrivés à cette conclusion? La démonstration se fait en quatre étapes.

Nous avons commencé par repérer plusieurs indicateurs socio-démographiques de la population des demandeurs devant la Cour -- sexe, langue maternelle, ethnie, âge, religion, pays d'origine, éducation, revenu annuel, statut d'emploi -- ainsi que des chiffres «objectifs» sur la nature de la cause et le résultat. Neuf mille dossiers (tous les dossiers de l'année judiciaire 1992-93) furent examinés, neuf cent questionnaires de suivi furent envoyés et quatre-vingt-dix entrevues détaillées furent tenues sur les lieux. Ensuite, nous avons comparé nos données à ces mêmes indicateurs socio-démographiques pour le bassin géographique de la Cour repérés par le recensement canadien, soit le bassin comprenant la population la plus diverse au point de vue socio-démographique au Québec. Troisièmement, nous avons comparé nos chiffres objectifs avec les statistiques provenant de la Cour supérieure du Québec pour la même période. Finalement, nous avons interviewé les juges à la Cour pour sonder leurs perceptions de la population des demandeurs.

Voici le résultat de cette première étape de recherche. Le profil des causes devant cette Cour n'était pas radicalement différent du profil des causes devant les instances judiciaires plus formelles. En d'autres termes, la structure de la Cour n'avait pas d'effet d'incitation sur certains types de demande. Le profil socio-démographique des demandeurs ne reflétait pas le profil de la population en général; les demandeurs furent disproportionnellement des hommes, francophones, blancs, citoyens canadiens, québécois dits de souche, professionnels, bien instruits, avec un revenu annuel largement supérieur à la moyenne, et âgés entre 35 et 55 ans. Pas moins du sixième de ces demandeurs étaient des avocats poursuivant leurs clients pour des honoraires impayés!

20. Certains diront que ces résultats sont peu révélateurs parce que les types de conflits portés devant cette Cour (et plus globalement devant toutes les Cours de justice) ne sont pas distribués de façon égale à travers toutes les couches de la population. Mais d'autres études empiriques ont confirmé que ce n'est pas le cas. Les conflits opposant les consommateurs et les commerçants, les locataires et locateurs ou les clients et les entrepreneurs, ainsi que les conflits entre voisins se distribuent assez également, indépendamment des indicateurs socio-démographiques des parties. En d'autres termes, une disproportion socio-démographique des demandeurs devant la Cour fut établie. Certaines couches de la population, par exemple, la couche où je me situe personnellement, sont plus présents dans les institutions étatiques de règlement des litiges. D'autres, par exemple les communautés culturelles, ne le sont pas.

Il y a deux autres éléments de l'analyse qu'il faut noter. Nous avons constaté par un analyse de régression que plus ces indicateurs de sous-représentation se conjuguent par exemple le cas d'une femme, immigrante, d'une minorité visible, peu instruite, avec un faible revenu, de religion minoritaire, âgée de plus de 55 ans, parlant une langue autre que le français comme langue maternelle), plus la disproportion est frappante. Les seuls critères qui dominaient tous les autres de façon évidente étaient la classe sociale et le statut économique. Par exemple, une jeune femme, immigrante, allophone, musulmane, africaine sera quand même assez présente comme demanderesse si elle est également une professionnelle (dentiste, avocate, vétérinaire) ou une entrepreneure.

La seconde observation a trait aux autres facteurs qui influent sur la décision de poursuivre. À cet égard, les facteurs socio-démographiques externes (ceux repérés d'après le recensement canadien) ne donnent pas toute l'histoire. Nous avons aussi entrepris une étude des traits psychologiques de certains demandeurs et d'autres personnes qui n'ont pas poursuivi. Cette troisième étude semble démontrer que certains types de personnalités sont plus enclins à intenter des procédures judiciaires que d'autres, nonobstant leurs caractères socio-démographiques. En d'autres termes, la décision de poursuivre ou non est le produit de plusieurs facteurs qui n'ont aucun rapport avec la justesse de la demande et avec la nature de la cause.

21. Alors comment interpréter ces données? Selon la théorie républicaine, l'absence de demandeurs en provenance des couches démunies de la population est un symptôme pathologique. Il démontre que la règle juridique abstraite et objective n'est pas toujours garante d'une justice étatique égale et également accessible à tous. Pour surmonter la pathologie, diverses solutions sont possibles. L'approche recommandée dépend des choix politiques du juriste qui les propose.

Ainsi, certains juristes, motivés par une idéologie étatique et collectiviste (des socialistes, par exemple) croient qu'il faut absolument redoubler d'efforts pour que tous les citoyens portent tous leurs conflits devant les tribunaux : plus d'argent, plus de tribunaux, plus d'aide juridique populaire. Parmi ce groupe il y a aussi ceux et celles qui soutiennent que si la disproportion a trait aux facteurs psychologiques, il faudrait aussi créer des institutions étatiques de règlement de litiges pour les timides, des processus doux, non contradictoires, non intimidants, etc.

D'autres juristes croient plus à une idéologie non-étatique mais aussi collectiviste; ce sont des communautariens. Ils cherchent à minimiser le pouvoir étatique parce qu'il sert à aliéner les citoyens, et ils proposent des institutions non-étatiques pour régler les conflits dans une ambiance de solidarité. Les idées de médiation communautaire, de justice réparatrice et de conciliation sont les réponses que l'État doit promouvoir.

Il y a en plus les juristes qui prônent une idéologie étatique mais individualiste; ce sont ceux qui adoptent la perspective jacobine. Ils acceptent l'inégalité comme résultant de la vie dans une société libre mais ils sont en faveur d'ajustements institutionnels comme ceux que reflète la Cour des petites créances. L'État peut (et doit) traiter tout citoyen ou toute citoyenne de façon égalitaire, par le biais de normes, de processus et d'institutions ouverts à tous sans discrimination. Il appartient au citoyen ou à la citoyenne (et non pas à l'État) de revendiquer et de faire reconnaître ses droits.

Finalement, d'autres encore -- disons les libérataires -- sont à la fois antiétatiques et individualistes. Ils croient que des mécanismes privés sont à privilégier, mais à l'inverse des communautariens, leur mode de régulation préféré n'est pas la communauté mais plutôt le marché libre. Pour ces

libertaires, le fait que certains citoyens n'ont pas les ressources à poursuivre en justice n'est, en soi, ni problématique ni pathologique. Ce n'est pas la responsabilité de l'État de financer les litiges des démunis.

22. Toutes ces stratégies (et non-stratégies) pour remédier au problème de l'inaccessibilité de la justice sont le fruit d'idéologies qui s'affrontent. Paradoxalement, cependant, toutes ces stratégies renforcent le discours juridique traditionnel. Toutes ces perspectives postulent que les rapports entre personnes et entre les personnes et les institutions sont à définir unilatéralement par des règles abstraites, formelles, institutionnelles et étatiques.

La qualification de l'individu est la qualification donnée par l'institution étatique -- consommateur, locataire -- selon ses besoins. Le droit étatique établit les règles pour contrôler le comportement des sujets et il se sert de ces mêmes règles pour empêcher les sujets de concevoir leur situation et leurs rapports sociaux autrement. Pour le droit étatique, le sujet qualifié de consommateur n'est rien d'autre -- ni père, ni employé, ni résident d'un quartier, ni locataire, ni francophone, ni catholique, ni du troisième âge. Le droit étatique qualifie, selon ses critères propres, chaque partie à un litige de façon monolithique.

23. Le pluralisme juridique radical met en question cette perspective moniste et étatique. Une prépondérance de mâles, blancs, francophones de souche, professionnels, par exemple, comme demandeurs devant les tribunaux étatiques n'est pas, selon la perspective pluraliste, nécessairement pathologique. Il se peut que les demandeurs absents aient sciemment choisi de ne pas poursuivre. Vue sous cet angle, la véritable pathologie provient du fait que nos politiciens, nos juges et nos universitaires sont tous portés à percevoir cette absence comme un problème à résoudre.

Les normes informelles, les règles ambiguës et équivoques, les décisions contradictoires et les actions discrétionnaires démontrent que les sujets de droit sont eux-mêmes en train de construire le droit et les institutions. En d'autres termes, les régimes normatifs ne sont pas des entités empiriques. Ils constituent plutôt des hypothèses pour l'exploration de la mêlée sociale. Dans l'optique de la théorie du pluralisme juridique, si les citoyens et les citoyennes préfèrent mener cette exploration -- s'ils veulent débattre des rapports conflictuels -- dans

les institutions non étatiques, c'est davantage la preuve d'une société ouverte, libre et démocratique que l'indice d'une pathologie à surmonter.

24. Des recherches complémentaires dans les parcs publics d'un quartier multiethnique de Montréal semblent confirmer la perspective pluraliste. Ces recherches faisaient état de la pluralité des régimes normatifs que vivent les citoyens et citoyennes. Des amies et amants, des familles et des groupes, des personnes seules ou ensemble perçoivent qu'elles coexistent avec d'autres, autant dans leurs régimes normatifs propres, que dans les régimes normatifs construits par ces autres. Dans ce climat d'hétérogénéité diffuse, le droit étatique n'est qu'une façon parmi d'autres de saisir et de comprendre l'interaction et la communication intersubjective et interculturelle.

Tout comme les enfants qui s'amuse dans un carré de sable, ces citoyens et citoyennes créent et existent dans des mondes parallèles. Sauf dans les cas de conflits touchant les frontières de leur espace privé, ils ne sont ni interrompus ni interpellés par les autres. Toutefois, bien que la plupart des activités quotidiennes se passent sans égard aux autres, cet espace public leur sert de lieu de rencontre. L'espace public leur sert de lieu de médiation du flou interculturel.

Conclusion

25. La théorie républicaine ne rend pas compte de façon adéquate de la complexité du phénomène juridique dans les sociétés multiculturelles. De plus, la théorie du pluralisme juridique qui postule l'existence d'ordres juridiques sociologiques se révèle également problématique. Dans ce court texte, j'ai essayé de démontrer qu'une autre conception du pluralisme juridique pourrait mieux servir. Cette conception du pluralisme, loin de demander comment le droit agit sur le sujet de droit (comme si le droit, que ce soit étatique ou sociologique, était une entité réelle), demande comment les sujets de droit contribuent à la création du droit. Par cette notion dynamique du droit construit réciproquement par les sujets et les institutions officielles du droit, le pluralisme juridique donne une légitimité aux interprétations autres que celles des magistrats ou des élites de ces communautés culturelles.

L'idée du pluralisme évoquée ici est une pratique émancipatrice. Le droit vit dans l'âme de tous les membres d'une société. Au lieu de demander comment le droit voit ses sujets, il faut plutôt demander comment les sujets voient le droit. Ceci dit, il faut préciser que les sujets ne sont pas uniquement les multiples êtres construits par le sexe, l'âge, la race, la classe sociale, la langue et la religion. Il n'y a pas de traits qui soient présomptivement plus réels et plus importants que des autres. Toutes nos catégories sociales sont le résultat des compréhensions partielles des sujets.

26. La médiation que nous faisons entre les diverses identités que nous nous attribuons est le premier pas vers la médiation des ordres juridiques reflétés par l'extériorisation de ces identités. Et cette médiation des ordres juridiques est le premier pas vers la médiation des rapports interculturels et la conciliation de perspectives parfois en contestation. La problématique fondamentale du droit contemporain se situe donc au niveau de la médiation des normes, des procédures et des institutions des divers ordres juridiques que les citoyens et citoyennes reconnaissent (et créent) pour eux-mêmes et elles-mêmes.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA MÉDIATION ET L'ÉTHIQUE APPLIQUÉE EN RÉPONSE AUX LIMITES
DU DROIT

Auteur(s) : Georges A. LEGAULT

Revue : *RDUS*, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 153-193

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12301>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12301>

Page vide laissée intentionnellement.

LA MÉDIATION ET L'ÉTHIQUE APPLIQUÉE EN RÉPONSE AUX LIMITES DU DROIT*

par Georges A. LEGAULT**

SOMMAIRE

1.	De l'obligation morale à l'éthique appliquée	159
1.1	La structure de l'obligation morale selon le discours fondateur de Platon	159
1.2	L'éthique appliquée et son alternative à l'obligation morale	165
1.2.1	<i>Situation ethics</i> de J. Fletcher	166
1.2.2	La délibération éthique de Legault	169
2.	Le droit autonome	172
2.1	La philosophie morale politique	173
2.2	La science du droit et la psychologie	178
3.	La médiation : un choix normatif en situation	182
3.1	Les composantes structurelles de la médiation	183
i)	La parole aux personnes et non à leurs représentants	184
ii)	La qualification du litige	184
iii)	Le processus de co-élaboration d'une décision collective	186
iv)	L'entente	188
3.2	Médiation et éthique appliquée	189
	Conclusion	191

*, Cette communication fait partie du troisième volet de la recherche CRSH/Commission du droit du Canada portant sur les rapports entre les PRD et l'émergence de l'éthique appliquée. Cette étude a été présentée dans le cadre de l'ACFAS 2001 : Colloque 603, *Les transformations du droit et la théorie normative du droit*, Responsables : Georges A. Legault, Louise Lalonde et André Lacroix.

**, Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke.

L'émergence de la médiation depuis une vingtaine d'années a suivi une trajectoire qui se reflète dans l'évolution de ses différentes dénominations. La plus connue de toutes est évidemment en anglais : ADR (Alternative Dispute Resolution). En français, on retrouve MARC (modes alternatifs de règlement des conflits) ainsi que REJD (règlement extrajudiciaire des différends). Toutes ces dénominations insistent sur le caractère alternatif de ces modes de règlement. À quoi constituent-ils une alternative? Comme l'expression REJD l'indique, il s'agit bien du judiciaire. La médiation apparaît dès lors comme une réponse aux limites du judiciaire dans l'application du droit pour solutionner les litiges entre les personnes.

Ce caractère alternatif au judiciaire, et même au droit, que l'on peut attribuer à la médiation, est moins identifiable lorsqu'on intègre dans les MARC la négociation et l'arbitrage. En effet, la négociation a, de tout temps, fait partie de la pratique des avocats pour régler des litiges avant procès. L'arbitrage, en tant que décision par un tiers dans un litige, ressemble plus au procès qu'à la médiation. L'intégration dans les MARC de la médiation aux côtés de la négociation et de l'arbitrage a eu pour effet que la médiation est dorénavant considérée comme une négociation assistée. Dans cette perspective, le caractère alternatif s'estompe. Une brochure du ministère de la Justice du Canada affirme :

L'expression «règlement extrajudiciaire des conflits» (REJC), que vous avez peut-être déjà entendue, désigne d'autres façons de régler un conflit sans avoir recours aux tribunaux. Nous emploierons ici le terme «RD» [(règlement de différends)] plutôt que «REJC» pour vous rappeler qu'il existe plus d'une solution pour régler un conflit.

D'autre part, lors d'entrevues réalisées auprès de médiateurs¹, certains d'entre eux, provenant de l'Ontario, proposent de redéfinir ADR par «*Appropriate Dispute Resolution*».

Plusieurs raisons peuvent expliquer ce changement graduel de perspectives. L'hypothèse la plus probante pose que l'émergence de la médiation dans les domaines pénal et familial a d'abord donné le ton au

1. Rapport de recherche déposé à la Commission du droit sur le point de vue des médiateurs.

caractère alternatif. C'est l'arrivée de la médiation civile et commerciale qui a eu pour effet d'atténuer ces différences.

Le fait de considérer que tous les modes, de la négociation au judiciaire, fassent partie des RD, comme le propose le ministère de la Justice, n'est pas sans conséquences sur la représentation du droit comme mode de régulation. Les dénominations des nouveaux modes se réfèrent tantôt aux conflits, tantôt aux différends, mais jamais aux litiges. Si on prend au sérieux les définitions de ces termes telles que proposées par le *Petit Larousse illustré*, nous nous rendons compte que le litige est essentiellement juridique : «Contestation donnant lieu à un procès ou à un arbitrage.» Le différend y est défini comme un terme moins fort que le conflit et plus spécifique que ce dernier : «Désaccord, conflit d'opinion, d'intérêts.» Le conflit, pour sa part, est présenté ainsi : «Antagonisme, conflit de sentiments, d'opinions entre des personnes ou des groupes.» Selon ces définitions, les RD ou les MARC placent l'enjeu sur le plan des oppositions entre les personnes (différend, conflit) plutôt que sur celui du rapport des personnes au droit (litige).

Malgré l'évolution des RD, la médiation conserve un caractère alternatif; si cette vision exacte du caractère alternatif n'est pas unanimement partagée par tous les praticiens, il n'en demeure pas moins que la majorité d'entre eux reconnaissent que la médiation exige de passer par le conflit de sentiments. Ce type d'intervention dénote bien l'importance de la relation interpersonnelle du conflit plutôt que d'une relation au droit. La médiation devient une dimension alternative au droit, ce qui justifie de la situer en regard d'un autre phénomène émergeant durant la même période : l'éthique appliquée.

Depuis la Deuxième Guerre mondiale, les questions éthiques soulevées lors des atrocités des camps de concentration ont généré diverses réponses dont, entre autres, la montée des droits fondamentaux inviolables, les comités d'éthique de la recherche et les comités d'éthique clinique. Durant la même période s'accroissent tous les mouvements de libération des groupes dominés : libération des Noirs, libération des femmes, mais aussi, la libération sexuelle face aux morales sexuelles oppressives. C'est dans ce contexte particulier que les morales traditionnelles catholique et protestante seront soumises à rude épreuve en sol américain. L'éthique appliquée devient alors une réponse aux limites des morales traditionnelles. L'enjeu n'est pas celui de l'abandon de

la norme morale mais de son application. Comme son nom l'indique, le problème de l'éthique appliquée est justement dans l'application. Comment une norme morale peut-elle être effectivement appliquée dans une situation donnée? L'éthique appliquée peut dès lors être considérée comme un mode alternatif à la casuistique morale traditionnelle.

Est-ce que ces deux phénomènes en émergence possèdent des racines communes plongeant dans les transformations culturelles ou bien s'agit-il davantage d'une coïncidence? N'y a-t-il que des liens superficiels entre les dispositifs de l'éthique appliquée, notamment les comités d'éthique comme lieu de discussion et de résolution des problèmes éthiques, et la médiation dans le domaine juridique? L'éthique appliquée qui propose le dialogue est-elle si différente de la médiation des conflits?

S'il existe une telle convergence enracinée dans la transformation de la culture, il nous faut trouver un fil d'Ariane pour nous aider à la nommer. Ce fil conducteur apparaît dans le fait que les deux phénomènes font face au problème de l'application des normes (morale ou légale) dans des situations concrètes. Le caractère alternatif de ces phénomènes s'enracinerait dans le questionnement de la norme, c'est-à-dire de l'obligation morale ou légale comme référence privilégiée des raisons d'agir. Suivre ce fil nous conduit à traverser ce que plusieurs considèrent comme un labyrinthe : la philosophie, et plus précisément la philosophie du droit. La *Théorie générale du droit*, que Hans Kelsen a élaborée dans les années 1940, se démarque de la philosophie traditionnelle du droit en distinguant le droit de la morale; autrement dit, en séparant l'obligation juridique de son fondement dans l'obligation morale. Le droit «posé», droit positif, devient dès lors un territoire différent du droit «non posé», moral et naturel. En séparant le droit positif des obligations morales, Kelsen ouvrait le questionnement sur l'obligation juridique. Les critiques adressées à Kelsen par Ross démontrent bien que le statut de l'obligation juridique fait problème. Dans sa vision réaliste, Ross propose que le droit est droit parce qu'il est en force dans une société donnée. L'efficacité du système global du droit remplace alors le concept d'obligation. Est-ce qu'une des conséquences de détacher le droit de la morale n'apparaît pas alors dans l'impossibilité de poser la question «pourquoi obéir au droit?».

Afin d'évaluer dans quelle mesure l'émergence de la médiation en droit, comme l'arrivée des dispositifs en éthique appliquée s'enracinent conjointement dans leur rapport difficile à la norme, nous analyserons dans un premier temps la notion d'obligation morale, notion centrale de la philosophie morale et de la philosophie du droit avant la rupture «kelsennienne». C'est pourquoi nous procéderons par un retour au *Criton* de Platon afin de situer l'archétype du Devoir dans la pensée occidentale. Nous pourrons par la suite évaluer la distance que prennent deux versions de l'éthique appliquée, celle du fondateur de l'approche dans la pensée américaine, Joseph Fletcher, puis celle que j'ai développée au cours des années dans le contexte québécois. Cette analyse de l'éthique appliquée devrait nous livrer des points de comparaison pour mieux saisir la convergence avec la médiation.

Dans un deuxième temps, nous analyserons la philosophie du droit, et plus spécifiquement, la rupture entre la philosophie morale et la philosophie du droit que propose Hans Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*,². Cette première rupture engendrera deux réactions. L'une sera un retour au rapport entre droit et morale, c'est la perspective «habermassienne» et l'autre, celle du réalisme, où la théorie du droit prendra des airs de science du droit devenant une description du droit en force dans une société. C'est avec le réalisme que la théorie du droit transforme le concept d'obligation en concept de validité. Et, dans une étape ultérieure, la validité du droit sera finalement soumise au critère de son efficacité à résoudre les problèmes sociaux.

La médiation apparaît dans le contexte engendré par cette rupture. Pour certains, c'est en réponse à l'inefficacité des tribunaux, alors que pour d'autres, c'est en réponse à l'insuffisance du droit à répondre aux enjeux sociaux. En isolant, dans un troisième temps, les caractéristiques qui font de la médiation une approche alternative au judiciaire, nous pourrons enfin saisir en quoi la médiation et l'éthique appliquée convergent, au-delà de convergences superficielles.

2. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par H. Thevenaz, Paris, éditions de la Baconnière-Neuchatel, 1953.

1. De l'obligation morale à l'éthique appliquée

1.1 La structure de l'obligation morale selon le discours fondateur de Platon

Dans son *Criton*, Platon expose sa conception de «ce qu'il faut faire»³ ou du devoir. Ce dialogue met en scène un Socrate âgé de soixante-dix ans, en prison, condamné à se donner la mort le lendemain du jour où le bateau sacré arriverait de Délos. Criton sait que le bateau arrive et vient voir Socrate pour lui proposer de s'échapper de sa prison. Le dialogue entre Socrate et Criton porte alors sur «ce qu'il faut faire» dans le contexte. Certains passages clés nous permettent d'isoler les principaux éléments de la délibération dialogique que Socrate entame avec Criton. Pour ce dernier, la chose est jugée, il faut profiter de l'occasion de fuir : «Les gens ne croiront jamais en effet que c'est toi qui as refusé de t'échapper d'ici, alors que nous le désirions ardemment»⁴. Au départ, Criton sonde les motifs de Socrate en l'interrogeant sur ses craintes liées aux contre-coups que sa fuite pourrait entraîner sur les amis qui l'ont aidé. «N'est-ce pas le souci de ce qui pourrait nous arriver à moi et à tes autres amis qui t'empêchent de partir?» Plus loin, il parle des effets que la mort de leur père pourrait provoquer sur les propres fils de Socrate et notamment sur leur éducation. Devant la perspective de la mort, Criton précise également que la vie de Socrate à l'étranger serait agréable.

En effet, partout où tu pourras te rendre à l'étranger, on te fera bon accueil. En Thessalie, notamment, si tu veux t'y rendre, j'ai des hôtes qui auront pour toi beaucoup d'égards et qui assureront ta sécurité, en veillant à ce que personne là-bas ne te fasse de tort.⁵

C'est seulement lorsque Criton aborde la question de la «justice» qu'il met en scène la question initiale qui guidera la démarche de Socrate :

3. «Il (le *Criton*) comportait comme premier sous-titre : Sur le devoir (*peri praktéou*, littéralement «Sur ce qu'il faut faire») probablement parce que son titre était suffisamment explicite, et il était tout naturellement classé sous l'étiquette *éthique*», Notes à la traduction du *Criton*, note 1, Platon, *Apologie de Socrate* Criton, G.F, Flammarion, 2^e édition, 1997 à la p. 229.

4. *Ibid.* à la p. 206.

5. *Ibid.* à la p. 208.

J'estime que ce que tu entreprends de faire n'est même pas conforme à la justice, quand tu te trahis toi-même, alors que tu peux assurer ton salut, et quand tu mets tous tes soins à mettre en œuvre contre toi ce que souhaiteraient tant réaliser et ce qu'ont tant souhaité réaliser ceux qui sont décidés à te perdre.⁶

Criton demande ici : est-ce que ton action est conforme à la justice? Cette formulation sera reprise par Socrate ainsi :

Mon cher Criton, si tes instances s'accordaient avec le devoir, elles mériteraient une grande considération. Si ce n'est pas le cas, elles sont d'autant plus fâcheuses qu'elles sont plus pressantes. Il nous faut donc examiner la question de savoir si nous devons nous conduire ainsi, oui ou non.⁷

Comment savoir quelle règle nous devons suivre en matière de justice? À cette question, Socrate commence par préciser à Criton que les règles qu'il avait adoptées auparavant ne peuvent pas changer parce que son sort s'est modifié. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une situation est devenue défavorable que la règle n'est plus valide.

Non, ces règles n'ont à mes yeux pratiquement pas changé. Et ces règles qu'aujourd'hui je vénère et je respecte, ce sont exactement celles dont l'autorité s'imposait à moi auparavant.

Socrate fait ainsi appel à l'autorité de la règle, autorité qui s'impose à la personne. Pour établir l'autorité de la règle, Socrate procède avec Criton à identifier qui a une parole digne de confiance en matière de justice. Prenant l'exemple de la santé, il fera admettre à Criton que ce sont les médecins et les entraîneurs qui peuvent donner des conseils en cette matière.

Par conséquent, mon cher, il est évident que nous devons prendre en considération non pas ce que diront les gens, mais ce que dira celui qui s'y connaît en fait de justice et d'injustice, lui qui est unique et qui est la vérité elle-même.

6. *Ibid.* à la p. 208.

7. *Ibid.* à la p. 209.

Pour Socrate, le devoir (ce qu'il faut faire) est composé de trois éléments : l'autorité qui la fonde, l'autorité de la personne qui conseille de la suivre et le contenu énoncé. Pour ce qui est du contenu de la règle, Socrate établira au départ le principe suivant : «[...] l'important n'est pas de vivre mais de vivre dans le bien [...] et soutenir que vivre dans le bien, comme il faut et dans la justice, c'est la même chose». Puisque les principes sont établis, le raisonnement proposé par Socrate sera celui de la casuistique :

C'est donc à partir de ces principes sur lesquels nous sommes tombés d'accord qu'il faut examiner la question de savoir s'il est juste ou non que je tente de partir d'ici sans l'autorisation des Athéniens.

Le raisonnement de Socrate part donc du principe qu'il ne faut pas commettre l'injustice et il précise cette règle par «doit-on faire du tort à quelqu'un?». On ne peut donc pas répondre à l'injustice par l'injustice. Il précise davantage la portée de la règle en demandant à Criton : «Lorsqu'on est convenu avec quelqu'un d'une chose, à condition qu'elle soit juste, faut-il la faire ou peut-on le décevoir?» C'est grâce à ces précisions sur la portée du vivre bien par la justice que Socrate peut formuler le problème : «Si nous partons d'ici sans avoir obtenu l'assentiment de la cité, faisons-nous du tort à des gens, et précisément à des gens à qui il faudrait le moins en faire, oui ou non?»⁸

Socrate examine d'abord l'aspect des torts en laissant la parole aux Lois et à l'État qui viendraient l'interpeller lors de sa fuite :

Dis-moi, Socrate, qu'as-tu l'intention de faire? Ce que tu entreprends de faire, est-ce autre chose que de tramer notre perte à nous, les Lois et l'État, autant qu'il en est en ton pouvoir? Crois-tu vraiment qu'un État arrive à subsister et à ne pas chavirer, lorsque les jugements rendus y restent sans force, et que les particuliers se permettent d'en saper l'autorité et d'en tramer la perte?⁹

8. *Ibid.* à la p. 219.

9. *Ibid.* à la p. 219.

On comprend tout de suite le contre-argument : «La cité a commis contre nous une injustice et le jugement qu'elle a posé va contre le bon droit.»¹⁰ À cela les Lois répondent : «Socrate, est-ce là ce qui était convenu entre nous et toi? n'est-ce pas plutôt que tu tiendrais pour valables les jugements de la cité, quel qu'ils fussent?»¹¹ Le point décisif du raisonnement casuistique porte ici sur cet engagement entre Socrate et la cité. Le passage suivant montre toute la force de l'appel à la Patrie comme mère et père de ceux qui y vivent.

Posséderais-tu un savoir qui te ferait oublier que, en regard d'une mère et d'un père et de la totalité des ancêtres, la patrie est chose plus honorable, plus vénérable, plus digne d'une sainte crainte et placée à un rang plus élevé, tant aux yeux des dieux qu'à ceux des hommes sensés; qu'il faut donc vénérer sa patrie, lui obéir et lui donner des marques de soumission plus qu'à un père, en l'amenant à changer d'idée ou en faisant ce qu'elle ordonne et en supportant sans se révolter le traitement qu'elle prescrit de subir, que ce soit d'être frappé, d'être enchaîné, d'aller au combat pour y être blessé ou pour y trouver la mort; oui, cela il faut le faire, car c'est en cela que réside la justice; et on ne doit ni se dérober, ni reculer, ni abandonner son poste, mais il faut au combat, au tribunal, partout, ou bien faire ce qu'ordonne la cité, c'est-à-dire la patrie, ou bien l'amener à changer d'idée en lui montrant en quoi consiste la justice.¹²

Mais comment Socrate a-t-il contracté cet engagement? Par le simple fait d'y vivre, d'y demeurer tant d'années et d'en faire sa cité plutôt que d'aller ailleurs.

Ta prédilection à notre égard était si grande, ton accord pour vivre dans la cité en conformité avec nous était si fort, que, entre autres choses, c'est dans cette cité que tu as fait tes enfants, prouvant par là à quel point cette cité te plaisait.

Que nous révèle la position de Socrate sur la nature de l'obligation morale et sur le contenu du devoir en cause dans la décision de fuir ou de ne pas

10. *Ibid.* à la p. 220.

11. *Ibid.* à la p. 220.

12. *Ibid.* aux pp. 221-222.

fuir la prison? En reprenant l'analogie que Socrate propose à Criton avec le médecin et l'entraîneur, on pourrait dire ici que le philosophe est à la morale ce que le médecin et l'entraîneur sont au corps sain. Le conseil de ces personnes est fondé sur les lois, lois du vivre bien : vie corporelle pour les uns, vie de la cité pour l'autre. L'autorité des règles puise sa force dans la réalité métaphysique, incontournable, de ce qu'est un être humain. C'est seulement à partir de ce point de vue métaphysique que l'on comprend pourquoi les principes s'imposaient à Socrate. L'autorité des lois ne tient ni à leur énonciation, ni aux énonciateurs, mais au fait quelles sont les lois de la patrie. Pour la seule raison que Socrate accepte cette cité comme sa cité, il s'engage effectivement à vivre sous l'autorité des Lois. Les Lois et l'État ne tirent leur légitimité que d'elles-mêmes.

On peut regrouper ainsi les éléments constitutifs de l'obligation morale :

L'obligation morale repose sur une conception «naturelle» du vivre bien incluant la justice

Le philosophe est la personne qui peut conseiller sur le vivre bien, car il a la connaissance du bien

Le raisonnement moral est casusistique et il consiste à

- i) identifier l'obligation morale générale : vivre bien et justice,
- ii) préciser la portée de la norme générale qui est relative au présent cas : ne pas faire de torts à autrui et respecter ses engagements,
- iii) montrer en quoi l'action envisagée respecte ou non les normes plus précises relevant de la situation : fuir est contraire aux engagements de Socrate et cause des torts à la cité.

Dans une position comme celle de Socrate, nous ne trouvons pas les distinctions qui apparaîtront essentielles après le démembrement de l'obligation morale à la suite de l'effondrement de la métaphysique. La distinction entre loi posée et loi imposée deviendra nécessaire dès que le droit sera coupé de son fondement moral. La philosophie «kelsennienne» se consacre à théoriser la rupture entre le droit et la morale. En séparant ainsi le droit de la morale, le fondement moral du droit assuré par la métaphysique ne tient plus. L'obligation d'obéir au droit devient ainsi problématique : soit qu'elle se fonde, comme chez

Kelsen, sur la hiérarchie des normes jusqu'à la norme présumée, celle de la Constitution, soit qu'elle se confonde au simple fait du droit en force dans une société donnée.

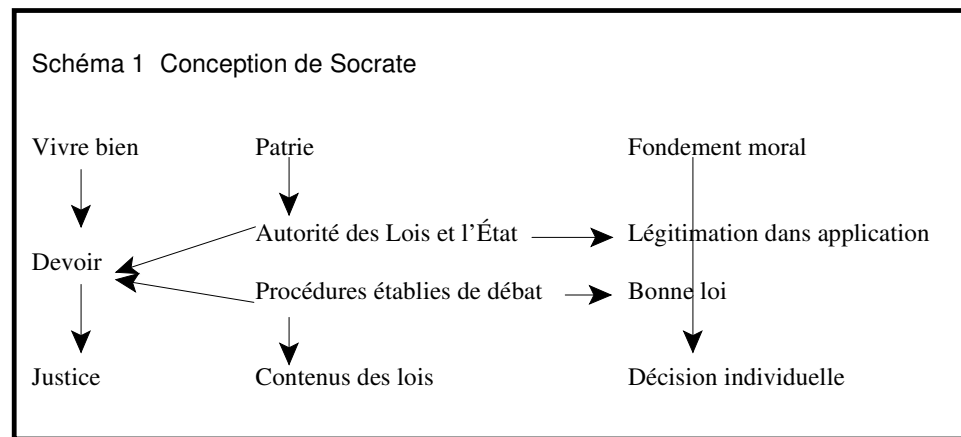
De plus, la distinction entre loi non posée et loi posée (loi positive) conduit à mettre l'accent sur l'énonciation des lois et le processus d'énonciation comme caractéristiques de reconnaissance du juridique dans l'ensemble du système de droit. La distinction entre énonciation et application prendra alors tout son sens dans la mesure où ces deux processus ont été déracinés de la vie des lois. Alors que dans la conception «socratique», la vie de la cité est celle des Lois et de l'État comme unité organique, la vie sociale est représentée dans le modèle positiviste comme un ensemble de phénomènes sociaux parmi lesquels se trouvent les lois, avec leur processus de création, de reconnaissance et d'application.

Enfin, la question de savoir si la loi est juste ou non deviendra une autre question, séparée de celle de son autorité. Le questionnement : «Est-ce une loi juste? Est-ce une bonne loi?» deviendra «Est-ce une loi efficiente? Est-ce que la loi atteint ses buts?» Mais plus profondément encore, le dialogue de Platon nous confronte au fait que même l'injustice d'une loi ne peut être alléguée pour en diminuer l'autorité. La loi tient son autorité du fait qu'elle a été posée dans le cadre d'institutions que Socrate n'a pu influencer. La procédure a été respectée, elle permet de donner un contenu à la loi qui fait autorité. La décision, toute subjective de Socrate de ne pas suivre la sentence ne peut se justifier autrement que par un acte de trahison :

Et toi-même, à supposer que tu te rendes dans l'une des villes les plus proches, Thèbes ou Mégare, deux villes qui ont de bonnes lois, tu y arriveras, Socrate, en ennemi de leur Constitution, et tous ceux qui là-bas ont souci de leur cité te regarderont avec soupçon en te considérant comme un corrupteur des lois.¹³

13. *Ibid.* à la p. 225.

1.2 L'éthique appliquée et son alternative à l'obligation morale



L'éthique appliquée transforme l'approche morale en proposant dans un premier temps de remplacer la logique de l'obligation morale par celle des valeurs. J. Fletcher entreprend le premier ce mouvement (1.2.1 *Situation ethics* de J. Fletcher). Cependant, la pensée de J. Fletcher demeure théologique, car le premier commandement de tous, «Aimez-vous les uns les autres», constitue l'horizon des valeurs chrétiennes. La rupture complète de l'éthique appliquée avec la normativité morale est à la base de mes travaux sur la délibération éthique (1.2.2 La délibération éthique de Legault).

1.2.1 *Situation ethics* de J. Fletcher

L'émergence de l'éthique appliquée est difficile à comprendre du fait qu'elle prend sa source dans la réflexion morale des pasteurs protestants et des prêtres catholiques dans la tourmente des années 1960 et de la révolution sexuelle. Lorsque Joseph Fletcher écrit son livre *Situation Ethics*, qu'il sous-titre *The New Morality*,¹⁴ il propose en réalité une autre lecture de la moralité, axée sur la décision de l'individu. Ce que Fletcher propose, c'est de quitter l'approche du raisonnement moral axée sur l'obligation morale pour l'approche de la prise de décision :

The situationist enters into every decision-making situation fully armed with the ethical maxims of his community and its heritage, and he treats them with respect as illuminators of his problems. Just the same he is prepared in any situation to compromise them or set them aside in the situation if love seems better served by doing so.¹⁵

Le changement de paradigme proposé par l'éthique appliquée n'est pas un simple renversement de l'analyse à partir du point de vue de l'agent moral. Il s'agit d'une transformation de la décision morale dont la légitimité est fondée sur la valeur plutôt que sur le devoir. L'ensemble des critiques qui furent adressées au *Situation Ethics*, et de ce fait à l'éthique appliquée, reflète l'ampleur des transformations suggérées. En premier lieu, c'est le système éthique fondé qui est visé, ce qui ouvre le débat entre «fondationniste» et «antifondationniste» en éthique. Le refus du système éthique implique celui d'une éthique universelle fondée sur la connaissance universelle. Comme le souligne Barry Hoffmaster¹⁶, la différence radicale entre l'éthique philosophique et l'éthique pratique s'enracine dans la connaissance morale. L'attitude «fondationniste» en éthique normative présuppose que les normes générales d'action, ou celles permettant d'évaluer la conduite humaine, sont acceptables moralement pour des raisons rattachées aux connaissances certaines. C'est la

14. J. Fletcher, *Situation Ethics, The New Morality*, Philadelphia, The Westminster Press, 1966.

15. *Ibid.* à la p. 26.

16. B. Hoffmaster, «Philosophical Ethics and Practical Ethics *Never the Twain Shall Meet*» in B. Hoffmaster, B. Greedmand and G. Fraser, (ed) *Clinical Ethics, Theory and Practice*, Clifton New Jersey, Humana Press, 1989 aux pp. 201-230.

connaissance morale qui assure ainsi la validité des raisons et, de ce fait, la validité du système éthique guidant l'action. Le refus du système éthique comme référence obligatoire de la prise de décision ouvre la porte aux critiques d'«anomisme» et de relativisme moral. Pour répondre à ses critiques, Fletcher avance l'idée d'une forme de relativisme : «It is necessary to insist that situation ethics is willing to make full and respectful use of principles, to be treated as maxims but not as laws or precepts. We might call it 'principled relativism.' »¹⁷ Enfin, à cause de l'importance de la situation dans la prise de décision en éthique appliquée, on la qualifiera d'«éthique de situation». On reproche ainsi à l'éthique appliquée, tout comme Socrate reprochait implicitement à Criton, de changer sa morale selon les circonstances. Toutes ces critiques résultent d'une cause commune : la difficulté de penser la morale autrement que par le «devoir».

Quelles sont les composantes de ce paradigme de la moralité nouvelle que nous propose l'éthique appliquée de Fletcher? Nous avons déjà indiqué que nous passons d'une conception de la raison pratique comme faculté de juger à une conception de la décision et du processus de décision (la délibération). La prise de décision est le fait d'un agent moral qui, dans une situation particulière, est confronté à une prise de décision morale. Influencé par le contexte de la révolution sexuelle, Fletcher reprendra souvent des exemples de manquement au VII commandement : tu ne commettras pas l'adultère.

Women have done it to feed their families, to pay debts, to serve their countries in counterespionage, to honor a man whom they could not marry. Are we not entitled to say that, depending on the situation, those who break the Seventh Commandment of the old law, even whores, could be doing a good thing- if it is for love's sake, for the neighbor's sake?¹⁸

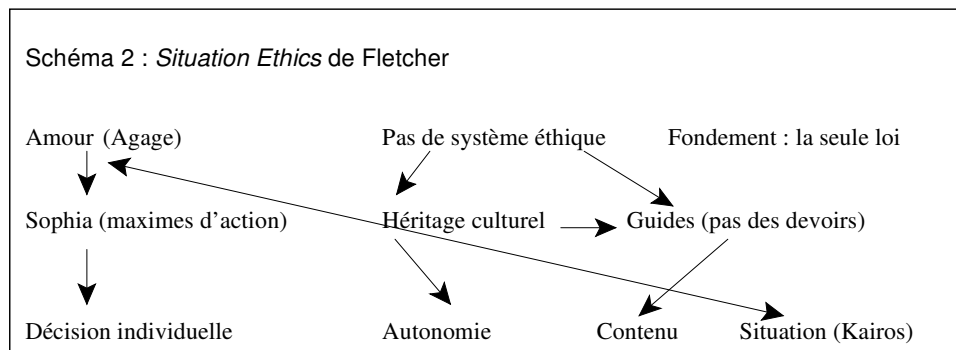
Fletcher ne développe pas très longuement le processus de délibération morale sous-jacent à sa nouvelle moralité. Il se résume en fait au passage suivant :

17. J. Fletcher, *supra* note 14 à lap. 31.

18. *Ibid.* à la p. 146.

Using terms made popular by Tillich and others, we may say that Christian situationism is a method that proceeds, so to speak, from (1) to one and only law, *agape* (love), to (2) the *sophia* (wisdom of the church and culture, containing many “general rules” of more or less reliability, to (3) the *kairos* (moment of decision, the fullness of time) in which the responsible self in the situation decides whether the *sophia* can serve love there, or not. This is situational strategy in capsule form. To legalists it will seem to treat the *sophia* without enough reverence and obedience; to antinomians it will appear befuddled and “inhibited” by the *sophia*.¹⁹

Inspiré de la tradition chrétienne, Fletcher partira d'une seule loi : l'amour. Si le commandement de Dieu : *Aimez-vous les uns les autres* est le fondement même de son approche, la délibération morale ne partant pas de l'obligation mais de sa visée : l'amour ou l'*agape*. C'est l'amour comme valeur visée dans la décision qui prend ainsi la première place. La délibération morale porte sur l'évaluation de l'action envisagée en regard de l'amour. Le schéma suivant traduit la dynamique de la délibération morale chez Fletcher.



Pour prendre une distance avec le raisonnement déontologique, Fletcher qualifie les normes et les lois de maximes d'actions. «To repeat the term used above, principles or maxims or general rules are illuminators. But they are not directors.»²⁰ Fletcher ne renonce pas aux normes, mais il les considère comme des «guides» d'action et non comme des principes obligatoires, d'où son

19. *Ibid.* à la p. 33.

20. *Ibid.* à la p. 31.

«principled relativism». En procédant ainsi, il soumet les maximes d'actions à une évaluation. Dans quelle mesure la maxime d'action permet-elle, dans cette situation, d'atteindre l'amour? Suivre la maxime d'action dans une circonstance précise ne se justifie que dans la mesure où il s'agit du meilleur moyen d'atteindre la visée : l'amour. Autrement dit, c'est la valeur agissante dans la situation qui seule peut justifier la décision finale de suivre ou non la maxime.

1.2.2 La délibération éthique de Legault

Le modèle de délibération éthique, tel que je l'ai développé dans mes travaux en éthique²¹ appliquée, s'inscrit dans le changement de paradigme amorcé par Fletcher dans lequel la valeur prend la place de l'obligation dans la prise de décision. Il est important de spécifier ici que la prise de décision se conçoit comme un processus par lequel l'agent moral exerce son autonomie, c'est-à-dire sa capacité de se donner ses propres règles d'action, et non comme l'exécution d'un raisonnement pratique défini à partir d'une anthropologie philosophique préalable de la rationalité pratique. Contrairement à Fletcher qui pouvait, grâce à la loi de l'amour, fixer cette valeur comme la référence exclusive de l'évaluation éthique, l'approche de la délibération éthique ne peut «fonder» aucune référence unique à la délibération. Si l'action en situation s'évalue à la lumière des valeurs visées, aucune d'entre elles n'a de préséance absolue. La délibération éthique ne porte pas uniquement à établir si l'action envisagée dans une situation permet d'atteindre la valeur visée, mais elle doit aussi justifier le choix de la valeur visée parmi d'autres possibles dans la situation. L'approche de Fletcher conserve un caractère universel dans la mesure où la loi de l'amour est une loi universelle. L'universalité est garantie par la nature de cette loi s'adressant à tout être humain. Mais à partir du moment où le fondement disparaît complètement, aucune valeur visée ne peut prétendre à l'absolu. Comment dès lors ne pas sombrer davantage dans le relativisme? C'est par la différence entre «contexte» et «situation» qu'il est possible de répondre à la critique du relativisme individuel et culturel.

21. Une première formulation de l'approche a été publiée dans L. Racine, G.A. Legault et L. Bégin, *Éthique et ingénierie*, McGraw Hill, Montréal, 1991, la dernière reformulation de l'approche a été publiée dans G.A. Legault, *Professionnalisme et délibération éthique*, Ste-Foy, PUQ, 2000.

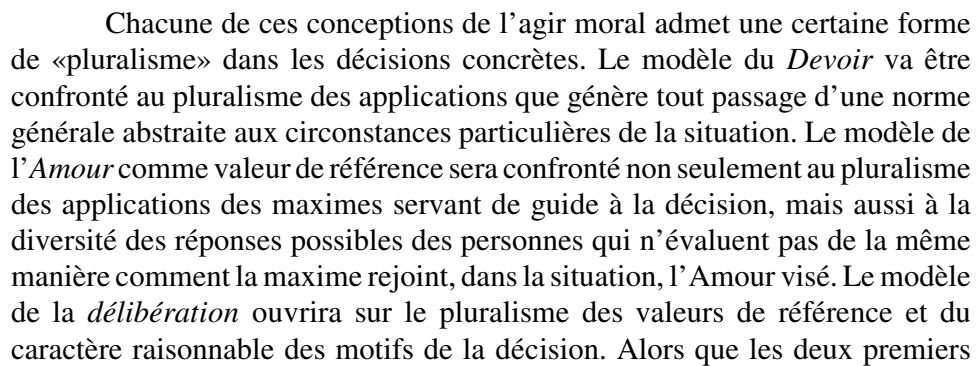
Dans *Situation Ethics*, la problématique éthique est de l'ordre de la conscience individuelle. Chacun, dans une décision à prendre, doit ainsi évaluer si c'est en suivant les maximes qu'il actualise davantage l'amour. La situation fixe alors les données de base de la prise de décision. Dans la mesure où la décision tient compte de l'ensemble des éléments de la situation, des conséquences sur les personnes impliquées et des maximes en cause, elle sera la meilleure décision possible dans les circonstances. La situation désigne ainsi le champ concret de la prise de décision, regroupant l'ensemble des variables concrètes de l'espace/temps ainsi que l'enracinement institutionnel et socioculturel. Le contexte de la décision est quelque chose de plus abstrait et de plus global. Toute décision se prend dans un contexte intersubjectif du vivre-ensemble qui seul permet l'interpellation éthique. La portée de l'interpellation éthique permet de comprendre l'importance du contexte dans la délibération éthique.

Qu'est-ce qu' «interpeller»? Voici ce qu'en dit le *Petit Larousse illustré* (1993):

1. Adresser la parole à qqn pour lui demander qqc. *Interpeller un passant.* 2. Sommer qqn de répondre, lui demander de s'expliquer sur un fait; vérifier son identité, l'arrêter. 3. Contraindre qqn à regarder en face une situation, s'imposer à lui. *La misère du monde nous interpelle.*

Selon les sens 1 et 2, l'interpellation est un acte de parole de l'ordre de la «demande». Cette «demande» en est une d'information sur quelque chose. Selon les sens 2 et 3, la demande instaure une forme de contrainte, celle de se situer devant une situation. À la lumière de ces définitions, on pourrait formaliser ainsi l'interpellation éthique : «un acte de parole par lequel le locuteur demande à l'allocutaire de lui fournir les motifs de sa décision d'agir dans une situation particulière où sa décision a des conséquences sur le vivre-ensemble.»

L'interpellation éthique n'a de sens que dans une perspective du tournant linguistique où l'intersubjectivité de la parole est l'expérience privilégiée permettant de comprendre les différentes relations à l'autre à la lumière des actes de parole qui s'échangent. L'interpellation éthique s'enracine dans la



modèles évitent le «relativisme» des décisions par l'appel à un Devoir ou une Valeur universelle, le dernier modèle évite le «relativisme» dans la mesure où l'interpellation éthique est une invitation à co-constituer la meilleure décision en fonction du vivre-ensemble.

L'émergence de l'éthique appliquée n'est rendue possible que par le recul du concept de devoir ou d'obligation comme facteur clé de la prise de décision. La motivation d'agir évoquée n'est plus celle du devoir, mais celle de la valeur visée comme fin à actualiser par l'action envisagée. Les normes perdent ainsi leur statut d'obligation issue d'une autorité; elles deviennent des guides hérités de l'agir en fonction de valeurs auxquelles elles réfèrent comme instance d'actualisation.

À la lumière de cette transformation de la notion de devoir en fonction des valeurs dans la décision morale, on peut se demander s'il n'existe pas un parallèle à établir avec l'émergence de la médiation dans l'univers du droit. Dans la mesure où la médiation apparaît comme un mode «alternatif» du droit dans le règlement des différends, on peut s'interroger sur le déplacement de la «norme» comme référence dans les différends.

2. Le droit autonome

Dans la conception «platonicienne», les lois sont obligatoires du fait de leur fondement moral. Si Socrate s'enfuit, il devient, en plus d'être corrupteur de la jeunesse, le corrupteur des Lois. Dans la philosophie classique, la réponse à la question «pourquoi obéir au droit?» est essentiellement morale. Si Kelsen est le premier à vouloir affranchir la théorie du droit de la philosophie morale du droit, il sera toutefois critiqué par Alf Ross de maintenir le point de vue interne dans lequel s'exprime la question de l'obligation d'obéir au droit.

It follows again that if the duty to obey the prescriptions of the legal order is to mean something different from the obligations prescribed directly by this order, the difference cannot consist in the **required behavior** – **that** to which you are obliged – but must be sought exclusively in the way in which you are obliged to behave (...) The duty to obey the law is a moral duty **toward** the legal system, not a legal duty **according** to this system. The duty toward the system

cannot derive from this system itself but must follow from rules or principles outside the system.²²

La séparation du droit de la morale a pour effet de démembrer les différentes dimensions de l'obligation légale. L'obligation morale fondant l'obéissance au système de droit se distingue de l'obligation contenue dans la prescription même de la règle et cette dernière est différente de la motivation des personnes à obéir au droit. À ce démembrement correspondent trois disciplines : la philosophie morale politique, la science du droit et la psychologie.

2.1 La philosophie morale politique

La philosophie morale politique hérite de la question des rapports entre droit et morale dans nos sociétés modernes. Habermas la précise en ces termes :

Demeure inscrite dans le droit positif, à travers les éléments qui constituent la légitimité de la validité juridique, une référence à la morale. Mais cette référence morale ne doit pas nous conduire à placer la morale au-dessus du droit comme s'il existait une hiérarchie normative. L'idée d'une hiérarchie des lois appartient au monde du droit «pré-moderne». La morale autonome et le droit positif qui demande à être fondé en raison entretiennent bien plutôt une *relation de complémentarité*.²³

Contrairement à Alf Ross, Habermas accepte la question de la légitimité de la validité juridique, question morale qui reçoit une réponse par l'entreprise de «fonder en raison». Le principe D proposé par Habermas est «encore neutre» dans la mesure où il s'applique et aux normes morales et aux normes légales :

D : Sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une

22. A. Ross, *Validity and Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, cité dans G. A. Legault, *La structure performative du langage juridique*, PUM, Montréal, 1977 aux pp. 93-94.

23. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, NRF Essais, Gallimard, Paris, 1997 à la p. 122.

autre pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles.²⁴

La philosophie morale politique s'intéresse exclusivement aux normes d'action et à leur validité. Toute cette réflexion philosophique demeure dans le champ de la pensée morale du Devoir. La séparation du droit de la morale a eu pour effet d'établir deux lieux complémentaires de normativité dont l'intersection apparaît comme le lieu où la légitimité de la validité des normes juridiques est posée. La question de la légitimité des normes juridiques demeure ainsi centrale à la philosophie morale.

Dans les débats de la philosophie morale politique, la querelle des libéraux et des «communautariens», nous nous retrouvons avec la concaténation de plusieurs controverses. La plus évidente est certes le débat entre deux conceptions de philosophie morale légitimant le droit : le juste et le bien. Mais, comme Charles Taylor l'exprime, il existe aussi un débat ontologique, tout aussi important que le débat sur le bien et le juste et qui n'est pas étranger à ce dernier. Les questions ontologiques renvoient au domaine de l'explication de la réalité sociale où s'opposent les «atomistes et les holistes», tandis que la prise de position entre le bien et le juste renvoie à un point de vue moral.²⁵

Taylor réfère à Sandel comme exemple de la critique des libéraux du point de vue ontologique. Cette remarque se confirme à la lecture du texte de Sandel : *La république procédurale et le moi désengagé*.²⁶ Comme le titre l'indique, Sandel va concentrer sa critique à partir des conceptions de l'agent moral qui sous-tend chacune des théories politiques.²⁷ Will Kymlicka répondra par «Le sujet désengagé»²⁸. Dès que la problématique porte sur l'agent moral, sur la conception des sujets humains et de leur inscription dans la société, nous retrouvons ce que Alf Ross considérerait de l'ordre des attitudes face au droit, et donc de l'ordre de la psychologie.

24. *Ibid.* à la p. 123.

25. C. Taylor «Quiproquos et malentendus : le débat libéraux et communautariens» dans Berten A. De Silveria P et Pourtois H., *Libéraux et communautariens*, PUF. 1997 aux pp. 87-88.

26. M. Sandel «La république procédurale et le moi désengagé» *Ibid.* à la p. 255.

27. *Ibid.* aux pp. 257-258.

28. *Ibid.* à la p. 275.

Le débat moral ne peut faire l'économie des représentations de l'être humain. Ou bien ces représentations prennent la forme métaphysique, universelle et transcendante, ou bien elles prennent la forme empirique de la psychologie. Le statut de l'agent moral est corrélatif à la question de la légitimité de la validité du droit. Comme l'exemple de Socrate nous l'a montré, c'est devant la possibilité réelle de fuir ou non la prison que se pose avec acuité la question du Devoir pour l'agent moral. Toute théorie morale renvoie ainsi à une psychologie morale qui en assure la condition de possibilité et d'efficience. En effet, le discours de la légitimité n'a de sens que pour un agent moral qui reconnaît cette légitimité comme motivation de son action.

Le débat de prise de position entre le juste et le bien est aussi source de plusieurs malentendus. Le fait de situer le projet du droit dans sa recherche du bien peut être considéré comme le maintien d'une conception «pré-moderne» des liens entre droit et morale, mais il pourrait aussi être vu comme une critique du mode déontologique par celui des valeurs.

Dans la mesure où la théorie de John Rawls est une théorie de la justice s'opposant à la théorie morale perfectionniste, ou à l'utilitarisme, nous sommes encore dans le débat sur l'obligation morale qui devrait permettre la réflexion critique sur le droit. Les liens entre l'obligation juridique et l'obligation morale pourront s'articuler sur l'une ou l'autre des perspectives. Si le perfectionnisme prône qu'une conception particulière de la vie bonne fonde les obligations juridiques, nous retrouvons la philosophie du droit «pré-moderne». Par contre, la critique que fait Mill de la conception perfectionniste, à partir de son point de vue utilitariste, semble conduire à admettre que l'on peut sacrifier un individu pour maximiser le bien global de la société. Cette conséquence paraît inadmissible, si on l'examine sous la perspective de l'égalité et de la valeur de toute personne, comme la pose la théorie de la justice. Tant que le problème de la philosophie politique est énoncé en ces termes, le débat porte sur les raisons de reconnaître une théorie morale plutôt qu'une autre comme système de référence pour assurer la légitimité du droit.

Le débat entre le juste et le bien peut aussi s'interpréter comme un débat entre normes et valeurs. Dans sa critique des «communautariens», Habermas précise la thèse «communautarienne» en ces termes :

Les Communautariens prétendent qu'il existe un lien nécessaire entre un concept de démocratie fondé sur le principe de discussion et la référence à une communauté concrète, fondée sur une intégration éthique. Selon eux, rien d'autre ne permet d'expliquer la possibilité d'une orientation des citoyens vers le bien public.²⁹

Il reprochera dès lors aux «communautariens» de confondre politique et éthique. Cette confusion entre droits fondamentaux et valeurs sera aussi reprochée à la Cour constitutionnelle fédérale dans son interprétation de la *Loi fondamentale de la république allemande*.³⁰ La critique «habermassienne» touche, sans le savoir, la position que j'ai développée dans un article, «La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada»,³¹ dans lequel je posais le problème de l'interprétation des droits fondamentaux comme résolution du conflit des valeurs entre la liberté individuelle et la qualité du vivre-ensemble. Nous retrouvons au cœur de cette distinction entre norme et valeur, dans le domaine politique, la même opposition qu'entre la morale et l'éthique appliquée dans le débat moral. Toutefois, l'enjeu n'est pas celui de la reconnaissance de la différence entre les deux modes de «raisonnement pratique» sous-jacents à leur pratique discursive, mais l'enjeu de l'utilisation du mode éthique dans le domaine du politique.

Habermas résume en quatre caractéristiques, dites logiques, la différence entre norme et valeur :

Par conséquent, les normes et les valeurs se distinguent, 1^o par leur rapport à l'action obligatoire ou à l'action téléologique; 2^o par le codage binaire ou le codage graduel de leur prétention à la validité; 3^o par leur force d'engagement absolue ou relative; et 4^o par les critères auxquels doit satisfaire la cohérence des systèmes de normes ou celle des systèmes de valeurs. Or, dans la mesure où les normes et les valeurs se distinguent en fonction de ces caractéristiques logiques, leur application présente elle aussi d'importantes différences.³²

29. J. Habermas, *supra* note 23 à la p. 304.

30. *Ibid.* aux pp. 276-277.

31. Éthica, 1989.

32. J. Habermas, *supra* note 23 aux pp. 278-279.

Ces caractéristiques proposent de fait deux jeux de langage différents concernant les décisions d'action. Celui des normes se structure sur la cohérence du système de norme (4) qui s'impose compte tenu de la force d'engagement absolue (3) qui permet de savoir s'il faut ou pas faire l'action (1) parce que la norme est valide (2). Le jeu des valeurs renvoie à un système dont la cohérence des valeurs n'est pas requise (4), dont la force d'engagement n'est que relative à la décision (3) dont la prétention à la validité n'est que graduelle puisque l'action ne rejoint jamais la totalité de la visée ou de la finalité (1). Il est difficile de ne pas voir, à la lumière de ces caractéristiques des normes, que la perspective déontologique de Habermas se construit toujours autour du paradigme universaliste «platonicien» de l'autorité des Lois et de l'État.

La valeur juridique du verdict a le sens déontologique d'un commandement et non le sens téléologique de ce qui est réalisable dans les conditions données et compte tenu de nos souhaits. Ce qui est chaque fois le mieux pour nous n'équivaut pas par là même à ce qui est également bon pour tous.³³

Dans ces lignes, Habermas maintient que seul le raisonnement casuistique est admissible dans l'application du droit, la validité étant du ressort exclusif du processus d'énonciation de la loi. «Seules les *conditions procédurales présidant à la genèse démocratique des lois* assurent la légitimité du droit édicté [...]»³⁴ Or, cette légitimité du droit n'est pas seulement factuelle, comme le pose le réalisme juridique.

À la différence des questions éthiques, les questions de justice ne renvoient pas par leur nature à une collectivité déterminée et à sa forme de vie. Pour être légitime, le droit politiquement édicté par une communauté juridique concrète doit à tout le moins s'accorder avec des principes moraux qui, par-delà la communauté juridique particulière, peuvent prétendre à une validité universelle.³⁵

33. *Ibid.* à la p. 284.

34. *Ibid.* à la p. 286.

35. *Ibid.* à la p. 306.

La théorie déontologique d'Habermas fait ainsi reposer la légitimité de la validité juridique sur l'autorité morale du «bon pour tous». En procédant ainsi, le discours «habermassien» demeure dans les limites du discours moral fondé sur l'autorité du commandement et la légitimité morale de ce qui est commandé. Certes, l'acte de parole qu'est le commandement est emblématique de l'obligation, car, comme Platon l'a montré, seule l'autorité du commandant fondée sur la dette du commandé peut créer une obligation de faire par la simple énonciation du commandement. Mais est-il suffisant de commander quelque chose de moralement acceptable pour que le commandement soit légitime?

La philosophie morale politique tente ainsi de colmater la brèche ouverte par Hans Kelsen entre la philosophie du droit et la théorie générale du droit. Certes, il ne s'agit pas de revenir à une théorie «pré-moderne», mais à construire autour de la démocratie les exigences morales qui pourraient légitimer l'énonciation des lois.

2.2 La science du droit et la psychologie

La séparation de la philosophie morale de la théorie générale du droit a eu pour effet d'ouvrir le débat sur la science du droit. Ainsi que nous l'avons indiqué, la science du droit telle que la prône Alf Ross, devient possible dès l'instant où elle est délestée de la question «internaliste» : «pourquoi obéir au droit», question morale par excellence, au profit de la question «externaliste» : «qu'est-ce que le droit?» Que devient la science du droit une fois affranchie de préoccupations morales?

La science du droit calque ainsi sur projet scientifique de la nature l'idéal de description. Pas étonnant dès lors que la science du droit inaugurée avec le réalisme scandinave se résume à décrire le droit «en force» dans une société. La validité devient aussitôt une question empirique à deux volets, l'efficacité et la motivation :

The one refers to the actual effectiveness of the rule which can be established by outside observation. The other refers to the way in which the rule is felt to be motivating, that is socially binding.³⁶

Le réalisme juridique est l'aboutissement de la séparation entre les questions morale et symbolique de la validité que Kelsen avait amorcée. Ce réalisme permet, dans un premier temps, d'analyser le droit du point de vue de son efficacité. Dans quelle mesure, par exemple, telle ou telle mesure législative permet-elle de réduire le nombre d'actes de criminalité ou de limiter les effets sociaux qu'elle veut combattre? L'analyse de la validité en termes d'efficacité permet d'évaluer le droit comme «système de régulation». L'analyse de l'efficacité reprend le schéma classique de la finalité selon le modèle technique : moyen \Rightarrow objectif. Les études sociales devraient ainsi permettre de faire l'évaluation de l'efficacité réelle d'une loi donnée dans un système social.

Le deuxième volet de la validité — celui de la motivation — renvoie la question morale à une question de psychologie sociale. Comment les personnes vivent-elles les lois comme source de motivation d'agir? Si les personnes ne sont pas motivées d'obéir aux lois, alors ces dernières ne pourront jamais être «en force». Dans le domaine institutionnel, par exemple, l'implantation des codes de conduite, souvent confondus avec les codes de déontologie et les codes d'éthique, démontre clairement comment l'approche du réalisme scandinave est intériorisée dans le système actuel de gestion des entreprises.

Au départ, certains comportements sont vus comme étant nuisibles, soit à l'entreprise (utilisation des biens, perte de temps, etc.), soit à la clientèle (conflits d'intérêts, qualité du service, etc.). Dans certaines situations, des comportements s'inscriront sous la consigne de la tolérance zéro. Afin d'atteindre ces objectifs de saine gestion, plusieurs entreprises vont se doter d'un code de conduite, c'est-à-dire d'un règlement précisant que ces comportements ne sont pas acceptés dans l'entreprise. Ces codes de conduite deviennent, parce qu'ils précisent les attentes de l'employeur, partie prenante de la définition des tâches. En principe, les manquements à ces codes pourraient servir de motifs à une cessation d'emploi. Les codes visent ainsi à atteindre des résultats

36. A. Ross, *Law and Justice*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1959 à la p. 15.

spécifiques : la diminution des comportements contre-productifs. Mais est-ce que ces règlements sont efficaces? Diminuent-ils réellement le nombre de cas de mauvaise conduite?

Dans ce domaine de l'éthique des affaires, le problème se pose souvent en termes de «*compliance*». Comment fait-on pour inciter les personnes à «suivre» la règle? Le problème se pose effectivement à partir du moment où l'énonciation de la règle n'est plus à elle seule source de motivation pour suivre la règle. La question du «pourquoi obéir à la règle?» se pose dès lors comme une question psychologique de motivation personnelle face à la règle. Dans une certaine mesure, la crainte de la sanction a souvent été perçue comme une source de motivation d'agir conformément à la règle. Ainsi, une personne protégerait ses intérêts personnels en évitant les sanctions pouvant résulter de tout manquement aux règles. Mais est-ce suffisant? Des campagnes publicitaires importantes sont financées par nos gouvernements afin de «sensibiliser» les personnes à l'importance de certaines lois comme celles sur le tabac, sur le code de la route, etc. Évidemment, plus ces lois sont associées directement aux effets nuisibles pour les personnes elles-mêmes, plus les campagnes arrivent à sensibiliser les personnes à suivre la loi en fonction de leurs «intérêts personnels».

Le réalisme juridique fait reposer sur la psychologie toute la question de la «validité». Selon Alf Ross, le cognitivisme moral ne serait en fait que le résultat d'une fausse interprétation de cette expérience psychologique³⁷. La motivation, selon l'auteur, varie en fonction de la nature des énoncés. Dans les situations impersonnelles, Ross distingue trois types d'énoncés : loi et convention, règles du jeu et principes moraux. À ces énoncés se rattache la dimension de la motivation : peur des sanctions et respect de l'autorité impersonnelle, accord mutuel et accord individuel.³⁸ Selon cette perspective, la motivation à suivre la règle repose sur les «intérêts personnels» ou le «respect de l'autorité». Lorsque l'intérêt personnel n'est pas en cause, on retrouve donc

37. A. Ross, *Directives and Norms*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1968 à la p. 64. Pour un résumé de la position de A. Ross, vous pouvez consulter G.A. Legault, *La structure performative du langage juridique*, P.U.M., Montréal, 1977.

38. Pour le tableau de Ross et la nature d'énoncés : G. A. Legault, *ibid.* à la p. 151

chez Ross le concept d'autorité qui pose la loi dans la perspective du commandement.

Lorsque les normes juridiques sont analysées du point de vue de la motivation de la personne, elles évoquent ainsi deux sources de motivation. Mais une personne pourrait aussi suivre la loi en fonction d'autres sources. En effet, dans la mesure où les lois sont vécues comme des règles du jeu social, elles éveilleront l'importance de l'accord mutuel. D'un autre côté, si une personne fonde le respect de la loi sur une motivation morale, elle s'appuiera sur son engagement individuel à ses principes comme source d'action.

La science du droit accomplit ainsi la rupture complète avec le modèle «platonicien». Toute la sphère symbolique qu'assuraient la Patrie et le Devoir comme source de légitimation du droit dans ce modèle est dévolue à la dimension psychologique des personnes. La science du droit permet ainsi deux types d'analyse : celle de l'efficacité du droit, au sens où il devient possible d'analyser comment une loi peut participer effectivement à la résolution des problèmes sociaux, et celle des conditions psychologiques nécessaires pour obtempérer à la loi.

3. La médiation : un choix normatif en situation

L'émergence de la médiation et son importance grandissante dans le développement des modes de prévention et de règlement des différends apparaissent, à maints égards, comme une réponse à l'«inefficience» du droit. La littérature sur le sujet est confirmée par le discours des praticiens³⁹ : ils mentionnent l'«inefficience» des tribunaux à rendre justice parce que le nombre de causes est trop considérable, les délais trop longs et, surtout, les coûts exorbitants. De même, dans le domaine pénal, le fait que la procédure actuelle ne tienne pas compte des victimes, tant des personnes que de la communauté, est souvent relaté comme la principale lacune à combler par la médiation pénale.

39. Rapport d'entrevues sur la médiation soumis à la Commission du droit du Canada, septembre 2001.

Trois hypothèses se confrontent dans l'interprétation des transformations sociales auxquelles nous assistons avec l'émergence de la médiation⁴⁰. La première voit la montée de la médiation comme une réponse à l'«inefficience» du droit, car elle mise sur les choix individuels et l'inviduation des conflits. Il y aurait dans l'accord mutuel, central à la médiation, la clé de la solution. La seconde se comprend à la lumière des insuffisances du droit pénal. Dans ce domaine, plusieurs auteurs constatent que la justice traditionnelle, essentiellement punitive, vise à «compenser» la perte par le biais de la sanction. Cette forme de justice a pour effet de sortir la relation criminelle du monde vécu et des relations communautaires pour ne la considérer que dans l'abstraction de la justice étatique. La médiation pénale demande de considérer l'infraction dans sa dimension sociale de relations interpersonnelles perturbées. C'est à partir de la dimension communautaire, de l'ethos de la communauté, qu'il faut considérer l'infraction et la sanction. La relation «morale» devient dès lors la référence à partir de laquelle la situation de l'infraction pénale est évaluée. La troisième hypothèse interprétative s'inscrit dans la foulée de la seconde hypothèse dans la mesure où la médiation, quelle soit civile ou pénale, renvoie au statut des relations interpersonnelles qui composent le tissu intersubjectif des accords privés, des relations institutionnelles et de la vie en société. Selon cette troisième hypothèse, la médiation apparaît davantage comme un lieu de co-construction de relations intersubjectives dans lesquelles s'inscrit la résolution des litiges plutôt qu'un ethos construit, source de la solution au litige. L'«éthicismation» du droit se distingue ici de la (re)moralisation du droit essentiellement par l'accent mis sur la volonté des participants à co-construire des relations intersubjectives à la lumière desquelles leurs conflits ou leurs litiges pourront être évalués.

Chacune de ces hypothèses éclaire les différentes perceptions de la solution à apporter à l'«inefficience» du droit dans divers champs de pratique, et ce, à partir d'une même forme d'intervention : la médiation. Est-il possible de dégager, dans l'approche de la médiation, des composantes structurales qui permettent de saisir en quoi la médiation propose une forme alternative au règlement du différend juridique? Puisque la médiation semble renvoyer à la

40. G. A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre justice?*, Chaire d'éthique appliquée, Collection Essais et conférences, document n° 11, Université de Sherbrooke et GGC éditions, 2001.

dimension morale ou éthique, selon les hypothèses, est-il possible de saisir en quoi la médiation peut s'associer à l'émergence de l'éthique appliquée?

3.1 Les composantes structurelles de la médiation

La médiation se présente comme un mode alternatif de résolution du différend, notamment par rapport au mode judiciaire. Comme le précise le ministère de la Justice,

L'expression «règlement extrajudiciaire des conflits» (REJC), que vous avez peut-être déjà entendue, désigne d'autres façons de régler un conflit sans avoir recours aux tribunaux. Nous emploierons ici le terme «RD» [(règlement de différends)] plutôt que «REJC» pour vous rappeler qu'il existe plus d'une solution pour régler un conflit.⁴¹

Nous pouvons isoler quatre principales composantes structurantes de la médiation qui permettent d'en saisir le caractère alternatif : i) la parole aux personnes et non à leurs représentants, ii) la qualification du litige, iii) le processus de co-élaboration d'une décision collective (l'expression de son «point de vue» - l'expérience du conflit - la recherche active d'une solution «acceptable») et iv) l'accord.

i) La parole aux personnes et non à leurs représentants

Dans la médiation, les personnes concernées sont convoquées à prendre la parole afin de trouver ensemble une solution acceptable au différend. Lors de médiations civiles et commerciales, les personnes sont souvent accompagnées de leurs représentants légaux, car la cause est déjà devant le judiciaire. Certains médiateurs nous ont confié que leur première tâche était d'expliquer clairement, au départ, cette règle du jeu : la parole est avant tout aux personnes. Certes, les représentants pourront parler et développer certains points, mais l'initiative doit être celle des personnes. Avec cette première exigence, la médiation impose de bien distinguer le «conseiller juridique» du «représentant juridique». En effet, devant le tribunal, c'est l'avocat qui «représente» le client au sens fort du terme :

41. Ministère de la Justice, *Les choix qui s'offrent à vous pour régler des différends*, Gouvernement du Canada, 1998 à la p. 2.

rendre présent devant le tribunal. Le représentant prend ici lieu et place de l'autre.

Dans toute «représentation», il y a une forme d'aliénation de soi. C'est pourquoi, dans la littérature sur la médiation, les auteurs reviennent constamment sur l'«empowerment», c'est-à-dire cette manière de favoriser la «prise de pouvoir sur sa vie». Cette prise en charge de soi se manifestera concrètement dans le processus de la médiation. La médiation devient ainsi un processus de «prise en charge de soi» dans l'élaboration d'une solution acceptable du conflit.

ii) La qualification du litige

Lorsque deux parties s'affrontent devant un tribunal, leur problème est qualifié de «litige». Ce litige est constitué principalement de revendications contradictoires concernant l'interprétation de la loi d'une part, et d'autre part, de son application à la situation des parties. Selon ces prétentions, chaque partie est fondée en «raison» de sa position, s'appuyant notamment sur les interprétations judiciaires antérieures qui concernent des situations analogues et sur la démonstration des faits qui sont établis à partir des documents et des témoignages. Le litige est fondamentalement un conflit visant la reconnaissance de l'état de droit dans la situation.

La médiation n'a pas pour objet d'apporter une solution à un litige mais à un conflit. La citation suivante de la brochure du ministère de la Justice est révélatrice de la perception de la médiation par rapport au droit dans la résolution des conflits.

Les conflits sont une réalité de la vie. Nous faisons constamment face à des problèmes et à des désaccords : à la maison, au travail et dans notre quartier. Les conflits ne sont pas tous graves et nous pouvons parfois choisir de les ignorer sans que cela ait de conséquences. Toutefois, certains conflits sont plus graves et ne peuvent être ignorés. Si nous ne nous en occupons pas, ils risquent de s'aggraver et il faudra peut-être beaucoup de temps et d'argent pour les régler.

Avoir recours aux tribunaux est une façon de régler un différend. Toutefois, cette méthode peut être coûteuse et demander beaucoup de temps. De plus, elle n'est pas toujours source de satisfaction pour les parties en cause et pourrait par conséquent ne pas permettre de résoudre vraiment le conflit. Les gens cherchent de plus en plus à éviter les tribunaux et à trouver des façons plus rapides et peut-être moins coûteuses de régler leurs différends.⁴²

Nous retrouvons ici la notion de conflit au cœur de nos activités quotidiennes. Le conflit est intersubjectif et met en cause des «tensions» ou des «antagonismes» avec d'autres au cours de nos activités. Confrontée aux conflits, chaque personne trouve une façon de les gérer. Si certains tombent dans l'oubli et que d'autres sont négligés, un bon nombre doivent être réglés, compte tenu de leurs conséquences sur les relations et la vie quotidienne. Avec la notion de conflit, les antagonistes qualifient leur problème avant tout dans l'ordre interpersonnel. Le conflit met en présence des relations dysfonctionnelles. Comment régler ces relations? Le droit apporte-t-il la meilleure solution? Dans cette perspective, le droit apparaît comme un mode de règlement parmi d'autres.

Toujours selon la brochure du Ministère, la médiation semble correspondre davantage aux personnes qui désirent économiser temps et argent, mais aussi aux personnes qui voient que la nature de leur conflit ne peut pas être résolu par le judiciaire, ou encore qui ne seraient pas satisfaites de l'imposition d'une décision par un tiers. Par contre, le document précise aussi que, lorsque les parties en présence sont déséquilibrées, soit au plan du pouvoir financier, soit au plan du pouvoir engendré par les conceptions culturelles, le recours au tribunal devrait être considéré.⁴³ Tous les conflits ne trouvent donc pas leur solution optimale par le biais du processus judiciaire.

iii) Le processus de co-élaboration d'une décision collective

Avec la dimension de «prise en charge de soi» pour trouver des solutions aux conflits interpersonnels, la médiation ne peut qu'être un processus de co-élaboration d'une décision collective. Tous les médiateurs rencontrés ont affirmé

42. *Ibid.* à la p. 2.

43. *Ibid.* à la p. 3.

l'importance de ce processus comme caractéristique spécifique de la médiation. Toute médiation est, selon certains, toujours réussie, car mettre les personnes antagonistes en présence, dans cet espace de parole propre à la médiation, est déjà un gain dans la démarche de prise en charge de soi en vue de la résolution des conflits. Que le processus aboutisse ou non à une entente importe peu ici. La médiation permet d'abord aux personnes de donner leur version de ce qui arrive. Autrement dit, l'expression de sa perspective directement à l'autre, de son point de vue sur le conflit, ouvre ainsi la porte à toute la «charge émotive» inhérente à tous rapports antagonistes. Les peines, les souffrances, les frustrations, les déceptions, etc., ont droit de cité dans la qualification du conflit. Il ne s'agit donc pas de défendre les raisons juridiques de sa prétention, mais d'exposer son point de vue personnel et aussi de faire comprendre à l'autre partie l'expérience même du conflit telle qu'elle est vécue. Qu'il s'agisse de relations matrimoniales, d'entreprises, d'affaires, de travail et de milieu communautaire ou sociétales, le conflit demeure une expérience de relation dysfonctionnelle à résoudre.

Définir une qualification commune au conflit apparaît donc comme la première étape de co-élaboration nécessaire à l'établissement d'un accord final. Tant que les parties ne se reconnaissent pas dans la qualification de ce qui est en conflit, toute démarche pour trouver des solutions apparaîtra improductive.

Évidemment, la qualification elle-même de ce qui est en conflit dans la relation interpersonnelle fera apparaître les différences d'évaluations. Le conflit se pose-t-il en termes de conflits d'intérêts personnels de chacun, faisant en sorte qu'il devient un conflit de besoins? Le conflit est-il davantage ancré dans l'exigence d'une compensation pour bris de parole ou d'engagement? Le conflit concerne-t-il davantage l'avenir des relations entre les parties concernées? C'est dans cette opération de qualification du conflit que les enjeux éthiques ou moraux feront leur apparition.

En même temps que le consensus s'articule autour de la qualification du problème, la recherche de solutions acceptables prend forme. Si la détermination de la qualification du conflit précède la solution acceptable, cette antériorité est logique et non pratique, car il arrive souvent que la discussion sur des options de solution provoque une réflexion sur la nature même du conflit. La recherche active de solutions présuppose que les parties en présence ont accepté

récioproquement de considérer leur conflit comme un problème de relation à résoudre ensemble au bénéfice des deux parties. C'est là où l'expression de «gagnant-gagnant» prend tout son sens. Les parties reconnaissent ainsi la valeur de la position de l'autre et elles cherchent à trouver la solution la plus «acceptable» possible pour chacune.

Cet effort de coopération visant à trouver la solution commune devient impossible lorsque les parties ne reconnaissent pas la qualification du conflit proposée par l'autre. Puisque chaque solution renvoie à la qualification du conflit, l'entente devient impossible. L'entente dépasse ainsi le simple document signé par les parties; elle témoigne du processus de co-construction duquel chacune des parties est responsable.

Le processus de la médiation tranche ici avec la négociation traditionnelle dans laquelle les personnes qualifient leur conflit en termes de besoins personnels à satisfaire ou d'intérêts personnels. Il se démarque aussi de la solution à un litige juridique, car la solution globale à laquelle les parties peuvent arriver pourrait être très nettement en deçà de ce qu'une des parties aurait pu obtenir dans un jugement. Dans ces situations, la solution peut aussi comprendre des excuses ou la reconnaissance officielle de quelque chose. Autrement dit, la solution ne peut pas se mesurer exclusivement en termes de «compensation» comme lors d'un litige.

iv) L'entente

Qu'est-ce qui garantit que l'entente issue de la médiation sera suivie? Pourquoi serait-elle plus respectée en matière civile et commerciale que le premier contrat à l'origine du conflit? L'entente finale est le résultat d'une démarche commune. Seul l'engagement des personnes dans la démarche permet d'assurer la viabilité de la solution. Autrement dit, le processus permet à chacune des parties de confirmer l'acceptabilité de la solution, c'est-à-dire sa «validité» du point de vue de la motivation d'agir. Les conditions psychologiques nécessaires à la réussite de l'entente se préparent lors de la médiation.

Les parties sont habituellement très satisfaites du processus et même celles qui n'arrivent pas à une entente finale. Elles reconnaissent l'importance

d'avoir au moins pu exprimer leur point de vue et d'avoir compris la position de l'autre. De plus, le processus de médiation, même s'il n'aboutit pas à une entente, permet quelquefois d'accélérer l'entente hors-cour avant le début du procès.

La motivation à respecter l'entente est différente de la motivation à obéir à un simple contrat et à la parole donnée. Très souvent, un contrat, ou toute autre entente, est objet de litige parce que son application pose problème. Lors d'une médiation, ce n'est pas une simple parole donnée qui est en jeu, mais la création d'une solution collective. La médiation, tout comme le jugement, vise à corriger une situation conflictuelle, et c'est cette correction qui apparaît juste et pertinente aux parties.

Même s'il est plus facile de montrer les quatre caractéristiques de la médiation à partir de la médiation en matières familiale, civile et commerciale, il n'en demeure pas moins qu'elles se retrouvent également en matière pénale. Les parties en présence sont les victimes, les personnes et la communauté, ainsi que celui qui a commis l'infraction. Le premier travail est de qualifier de part et d'autre la nature du conflit. Que reproche-t-on à l'autre? S'agit-il du manquement à la loi, des conséquences de son geste sur les personnes et la communauté? C'est cette qualification du conflit engendré par l'infraction qui permettra de trouver une solution. Cette solution remplace évidemment la sanction traditionnelle et elle sera «réparatrice» des relations dans la mesure où le processus aura été accompli par toutes les personnes en cause. L'entente finale ne peut donc que soutenir la motivation de toutes les parties à préserver les relations futures de tous dans la communauté.

3.2 Médiation et éthique appliquée

La médiation peut être considérée comme une réponse aux insatisfactions engendrées par l'importance du judiciaire comme mode quasi unique de règlement des différends dans la société. Nous retrouvons ici le caractère extrajudiciaire que nous avons noté au début comme étant une caractéristique de la médiation. Chez les auteurs, cette distinction entre la médiation et le judiciaire est représentée dans des formules comme «gagnant/gagnant» et «gagnant/perdant» ou encore «jugement négocié» et «jugement imposé».

Comment est-il possible, dans une société que l'on estime gouvernée par la règle de droit, que la solution judiciaire puisse être considérée comme insatisfaisante pour les parties puisqu'elle tranche de façon autoritaire, certes, mais dans le respect de la protection de règles procédurales? Le jugement imposé est ainsi évalué négativement parce qu'il est source d'insatisfactions pour les parties concernées. Certes, une des personnes ne gagnera pas, mais n'est-ce pas le sort réservé à tout litige? Les deux prétentions contradictoires quant au droit ne peuvent pas être valides conjointement. Puisque le juge a l'autorité de trancher, pourquoi son jugement serait-il ignoré de la partie qui n'a pu défendre sa cause? Tout comme Socrate à l'issue de son jugement, chaque partie est confrontée à la fois à son propre désir lié à ses intérêts personnels et à la valeur du jugement dans l'économie du droit.

L'appel à l'autorité du jugement n'apparaît plus aujourd'hui suffisamment significatif pour favoriser son respect. On retrouve ainsi, au cœur de l'enjeu de la médiation, la «crise de l'autorité» de l'énonciation des commandements, qui sont régulateurs d'action. Cette crise est centrale dans l'émergence de l'éthique appliquée. En effet, la casuistique juridique est analogue à la casuistique morale dans la mesure où l'application d'une norme à une situation soulève le double enjeu : d'abord, l'enjeu de l'identification de la norme à appliquer aux faits de la situation, puis l'enjeu de son application aux mêmes faits.

C'est en mettant en évidence que les normes sont uniquement des guides dans la prise de décision, puisqu'elles sont des moyens de concrétiser des valeurs, que l'éthique appliquée a modifié la perspective en faisant passer l'enjeu de la motivation de la perspective du «respect de l'autorité» à celle de la valeur visée par la décision. En ce sens, il existe un parallèle intéressant entre l'émergence de la médiation et celle de l'éthique appliquée. Dans les deux cas, la qualification usuelle de la situation en termes de «respect de l'obligation», juridique pour l'un, morale pour l'autre, est rejetée. La médiation cherche à résoudre un conflit entre des personnes tout comme l'éthique, pour laquelle, malgré la décision individuelle, l'enjeu est toujours les relations aux autres. Puisque la référence normative ne s'impose pas dès le départ, le processus de médiation, tout comme le processus de délibération, exige d'identifier selon quel cadre normatif le conflit sera posé et résolu. Le conflit peut être posé comme un conflit de besoins, de valeurs ou de normes et chaque définition du conflit

engendre ses options de résolution. Dans la médiation, les parties doivent s'entendre sur la qualification et la résolution. Dans la délibération éthique, la décision doit identifier le conflit de valeurs et son mode de résolution. De plus, l'entente en médiation est nécessairement soumise à l'exercice du dialogue entre les parties. La décision éthique, de son côté, semble à première vue être solitaire, mais la véritable solution éthique se vit dans le contexte intersubjectif et renvoie toujours à l'interpellation éthique. Enfin, alors que la médiation ne génère pas toujours une entente, la solution éthique proposée aux parties intéressées peut ne pas être acceptée. Le dialogue peut alors conduire à la révision de la décision ou statuer qu'il est impossible d'aboutir à une entente finale.

La médiation et l'éthique appliquée entretiennent donc des similitudes dans la mesure où les dispositifs proposés mettent l'accent sur le vivre-ensemble, c'est-à-dire sur l'ensemble des relations interpersonnelles qui tissent la vie sociale. Or, ce déplacement, qui oblige à considérer la norme, non pas sous le registre symbolique de l'autorité, mais de son efficacité à résoudre le cas, ouvre la voie au choix des références normatives pour régler un conflit, autrement dit, au choix de la valeur visée par la norme.

Conclusion

Notre démarche à travers l'émergence de l'éthique appliquée et la transformation de la théorie du droit à la suite de la rupture «kelsennienne» nous a-t-elle permis de répondre à notre question initiale : «N'y a-t-il que des liens superficiels entre les dispositifs de l'éthique appliquée, que sont notamment les comités d'éthique comme lieu de discussion et de résolution des problèmes éthiques, et la médiation dans le domaine juridique?»

Sans être exhaustive, la traversée philosophique démontre que l'émergence de la médiation, tout comme celle de l'éthique appliquée, s'enracinent dans la transformation profonde de la culture occidentale dans son rapport au devoir. Gilles Lipovetsky avait déjà démontré, dans une perspective sociologique, que nous assistons aujourd'hui au *Crépuscule du devoir*.⁴⁴ Un tel

44. G. Lipovetsky, *Le crépuscule du devoir : l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, Paris, 1992.

crépuscule n'est possible que si, du point de vue des représentations symboliques dans une culture, la notion même de devoir se transforme. Dans le champ philosophique du droit et de la morale, l'acte de parole fondatrice de l'obligation est le commandement. Qu'il s'agisse du commandement de Dieu ou du commandement du souverain (roi ou peuple), la première règle de ce performatif repose sur la relation d'autorité entre le commandant et le commandé, autrement dit, sur le rapport de subordination entre les deux. Depuis Platon, les variations philosophiques dont nous avons esquissé quelques traits conservent le même leitmotiv puisque l'autorité métaphysique passe à l'autorité supposée chez Kelsen et, chez Ross, au respect de l'autorité dans sa version psychologique.

Le modèle du devoir, qui repose sur l'autorité du commandement, nous induit à penser l'obligation selon les deux composantes de cet acte de discours : l'énonciation du commandement et l'application de ce qui est commandé. La distinction «énonciation» et «application», si importante en droit et qui correspond à nos institutions parlementaire et judiciaire, n'est pas uniquement pratique mais symbolique. Tant que reste l'imaginaire du commandement, ne suffit-il pas qu'une loi soit énoncée pour que le problème soit réglé?

Contrairement à la philosophie morale qui s'interroge sur la légitimité de l'énonciation, l'éthique appliquée, tout comme la médiation, s'interrogent sur l'application. L'enjeu est le raisonnement pratique à l'œuvre dans l'application. En morale comme en droit, c'est le raisonnement casuistique qui est conséquent à la distinction entre énonciation et application. Dans le raisonnement casuistique, comme l'illustrent les argumentaires lors d'un procès, il peut exister un premier débat sur l'identification de la norme applicable dans la situation. Ensuite, le second porte sur la manière d'appliquer la norme générale au cas particulier. En éthique appliquée, le raisonnement ne porte pas sur l'application de la norme, mais sur la décision. C'est la délibération d'agir qui est le cœur du raisonnement pratique. Certes, il se peut que les normes soient évoquées dans la délibération; elles ne seront toutefois pas abordées à titre d'obligation, comme l'avait indiqué Fletcher, mais en tant que guides pour actualiser les valeurs. Du point de vue de l'éthique appliquée, tout raisonnement déontologique est une délibération éthique portant sur des valeurs.

D'une certaine manière, la médiation ouvre la voie à un mode de raisonnement pratique analogue à celui de l'éthique appliquée. Pas de médiation si la norme ou la règle gère le cas. Les normes peuvent certes servir de guides pour clarifier la décision, mais elles n'imposent pas une solution. Les médiateurs refusent systématiquement le piège de la discussion sur l'application des normes dans leurs rencontres. Il faut éviter la prise de position qu'impose le raisonnement casuistique. Dans la littérature sur la médiation, on évoque souvent, la notion de conflit à résoudre et ce, en fonction des besoins des personnes. Ce déplacement du litige au conflit et du droit au besoin démontre comment la délibération collective de la médiation visant à trouver une solution commune à un problème interpersonnel doit interroger les besoins et, souvent, les valeurs visées par les personnes : la sécurité, la paix, l'harmonie, etc.

En substituant le raisonnement en fonction des valeurs au raisonnement par le droit (obligation), la médiation et l'éthique appliquée inscrivent leur démarche dans le monde vécu des conflits interpersonnels et institutionnels. Le problème et la solution au problème appartiennent au domaine des relations et exigent une approche différente que celle de la défense. Dans le monde vécu, les conflits ne peuvent se comprendre et se résoudre qu'en faisant appel à une mise en situation plus vaste que celle des droits. En procédant ainsi, la solution acceptée sera toujours, suivant la logique des valeurs esquissée par Habermas, la meilleure dans les circonstances et pour les personnes concernées. Le monde vécu est aux antipodes du principe de l'universalisation formelle : la même solution pour tous les cas analogues.

Qu'il s'agisse du droit, de la morale, de la médiation ou de l'éthique appliquée, il y a un dominateur commun au-delà des apparences : la régulation de l'agir humain. Comment les personnes peuvent-elles vivre ensemble en société, comment peuvent-elles être productives dans des entreprises, comment peuvent-elles être heureuses en famille si l'ensemble de leurs actions sont traversées par des conflits insolubles? Résoudre des conflits à l'amiable, c'est ouvrir vers la paix et non vers la guerre. D'ailleurs, quelques auteurs, comme William Ury, soutiennent que la transformation des conflits à tous les niveaux

s'inscrit dans une approche plus globale : *Getting to Peace*.⁴⁵ Encore une fois, nous constatons que les racines profondes de ces approches nous renvoient au monde vécu, à redéployer nos énergies dans une visée commune : la coopération.

Now the old hierarchies are tumbling down; the father, the boss, the chief, the king cannot simply give orders anymore. Increasingly, we cannot compel others to do what we want; we depend more and more on their voluntary cooperation. We have little choice but to learn how to make our decisions jointly.⁴⁶

45. W. Ury, *Getting to Peace. Transforming Conflict at Home, at Work, and in the World*. Viking, New York, 1999.

46. *Ibid.* à la p. XV.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ÉTHIQUE ET LES LIMITES DU DROIT

Auteur(s) : André LACROIX

Revue : RDUS, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 195-217

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12302>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12302>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ÉTHIQUE ET LES LIMITES DU DROIT^d

par André LACROIX^{**}

SOMMAIRE

1.	Introduction : la nouvelle demande citoyenne	197
2.	La crise du droit : malaise philosophique et constat sociologique	199
2.1.	Le malaise taylorien	200
2.2.	Le constat sociologique de l'individualisme	202
3.	Les limites du renouvellement interne de la théorie normative	204
3.1.	La transformation du droit	206
3.2.	Les fondements épistémologiques du droit	209
3.3.	Le cul-de-sac juridique	212
4.	L'alternative: le jugement pratique citoyen	214
5.	Conclusion	216

*. J'ai beaucoup profité des conversations et critiques de mes collègues Legault et Malherbe pour rédiger ce texte. Leurs commentaires éclairés m'ont amené à revoir certains passages et à clarifier certains énoncés. Bien qu'il y ait tout lieu de croire qu'ils demeurent en désaccord avec moi sur de nombreux points, je tiens tout de même à les remercier pour leurs commentaires pertinents et les échanges toujours stimulants que j'ai avec eux.

**. Professeur à la Faculté de théologie, éthique et philosophie de l'Université de Sherbrooke.

1. Introduction : la nouvelle demande citoyenne

Malaise ou simple constat? Le recours aux tribunaux est en constante progression depuis le tournant des années quatre-vingt, comme le constate le sociologue Jean-Louis Genard¹, au point de susciter un véritable malaise au sein de nos démocraties occidentales². Dans les faits, cette augmentation des causes entendues par les tribunaux reflète les nouvelles attentes des citoyens à l'égard du droit³. Ces derniers y recourent en effet de plus en plus pour demander aux magistrats de sanctionner des valeurs personnelles que chacun d'eux souhaite voir reconnaître par l'ensemble de la société⁴. De là ce malaise relatif à la capacité même du droit de répondre à cette demande citoyenne relative aux nouveaux types d'arbitrage qui lui sont soumis⁵.

Un tel malaise pourrait bien être lié à notre conception du droit qui, elle-même, renvoie à la question de sa finalité. De fait, il n'existe pas de définition univoque du droit et du même coup plusieurs conceptions s'opposent. À défaut d'une définition qui rallierait tout le monde, il serait éventuellement tentant de prendre le risque de le définir d'une manière très générale comme étant «un discours rendant compte de ce qui est exigible et autorisé dans une collectivité humaine par conformité à une règle précise»⁶. Le droit sera alors considéré comme un ensemble de règles en vigueur au sein d'un regroupement d'individus. À ce titre, il sous-tend une normativité produite par l'autorité qui institutionnalise la vie en société : pouvoirs religieux, civil, étatique, militaire, monarchique selon les pays et les communautés considérés. C'est précisément ce lieu de production de la norme et, par extension, le rapport des citoyens à la

-
1. J.-L. Genard, *Les dérèglements du droit : entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Labor, 2000.
 2. C. Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Québec, Éditions Bellarmin, 1992.
 3. J.-L. Genard, *Les pouvoirs de la culture*, Bruxelles, Labor, 2001.
 4. Une demande telle que la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe semble aller dans ce sens (pour ne donner que cet exemple) tandis que la lutte pour la reconnaissance est devenue un enjeu central des combats sociaux en cours. Voir à ce sujet, A. Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, trad. par P. Rusch, Paris, Les Éditions du Cerf, 2000.
 5. G. A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre justice?*, Sherbrooke, Éditions GGC, 2001.
 6. O. Cayla, «Droit» dans M. Canto-Sperber, dir., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, Presses universitaires de France, 2001 aux pp. 477-484.

norme qui soulèvent d'importantes questions⁷ puisque, selon les lieux de production identifiés, la légitimité de la norme varie et son effectivité s'en trouve affaiblie ou renforcée⁸ selon les cas. Les citoyens ont alors le choix de recourir au droit ou à d'autres formes de discours pour trancher les conflits qui les opposent à d'autres citoyens, à des groupes ou à l'État lui-même. Ce choix offert aux membres de nos sociétés démocratiques révèle bien la difficulté que le droit éprouve à répondre à cette nouvelle demande sociale à l'intérieur de sa propre finalité traditionnelle. C'est ce malaise que nous désirons élucider dans le présent texte.

Notre hypothèse est que le droit ne peut répondre à cette demande en raison de son cadre épistémologique. Il est plutôt appelé, compte tenu de sa spécificité⁹, à partager la tâche avec d'autres formes de discours. L'émergence des nouveaux modes de résolution des différends, tout comme les autres formes de réflexion normative avancées par les éthiciens¹⁰ et les philosophes¹¹, serait là pour nous le rappeler¹².

Au cœur du nouvel humanisme qui se déploie actuellement dans nos sociétés, l'éthique apparaît comme partiellement indépendante du droit; elle se donne même pour une critique du droit à partir de nouvelles normativités¹³ appelées à compléter le discours juridique — sans aucunement prétendre s'y substituer — en prenant en compte précisément les facteurs sociaux, les normes et les valeurs qui fleurissent hors des compétences traditionnelles du droit.

-
7. J. DeMunck et M. Verhoeven, *Les mutations du rapport à la norme, un changement dans la Modernité?*, Bruxelles, DeBoeck, 1997.
 8. G. Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.
 9. L. Bégin, «Les normativités dans les comités d'éthique clinique» dans M.H. Parizeau, dir., *Hôpital et Éthique : Rôles et défis des comités d'éthique clinique*, Ste-Foy, Les Presses de l'Université de Laval, 1995 aux pp. 32-57.
 10. *Supra* note 5 et A. Lacroix, «L'éthique appliquée : une nouvelle éthique de société» (2001) 13 *Ethica* 9.
 11. A. Cortina, «L'éthique appliquée comme herméneutique critique des activités humaines» dans L. Sosoé, dir., *La vie des normes et l'esprit des lois*, Montréal, Harmattan, 1998 aux pp. 151-168.
 12. R. Langer, «The Juridification and Technisation of Alternative Dispute Resolution Practices» (1998) 13 *Can. J. of Law and Society* 169.
 13. Nous avons pour notre part qualifié cette approche de nouvelle éthique de la citoyenneté dans la revue *Ethica* : A. Lacroix, *supra* note 10.

Pour soutenir notre point de vue, nous reprendrons les arguments que Genard avance pour soutenir sa propre thèse, thèse selon laquelle les transformations culturelles subies par nos communautés contemporaines ont engendré une transformation radicale du droit¹⁴. Nous exposerons ensuite la thèse de Taylor en guise d'explication de cette transformation culturelle¹⁵. Fort de ces explications, nous soulignerons ensuite l'obligation qu'a le droit de se «ré-éthïciser» afin de répondre à la nouvelle demande sociale. À partir de ces rappels, nous démontrerons enfin que cette «ré-éthïcisation» est logiquement improbable en raison des caractéristiques intrinsèques du paradigme juridique. Mais, par contre, la démarche amorcée par Fletcher¹⁶ et plusieurs autres au cours des années soixante et soixante-dix — démarche visant à développer un cadre conceptuel plus à même de rendre compte de l'éthique contemporaine en actualisant des prises de décisions personnelles et collectives à l'intérieur d'un schéma conceptuel axiologiquement neutre — permettrait de répondre à cette demande sans pour autant dépouiller le droit de sa fonction régulatrice.

2. La crise du droit : malaise philosophique et constat sociologique

La formule est éculée mais pourtant juste : «le droit est en crise». Les spécialistes et les praticiens en conviennent¹⁷. Comme le fait si bien ressortir Genard¹⁸, pour comprendre le contexte et les conséquences de cette crise, il faut la lier aux profondes mutations subies par nos sociétés. À défaut de nous livrer à une analyse détaillée de ce phénomène qui ne servirait d'ailleurs pas directement les fins de notre argumentation, nous l'accepterons pour un fait et rappellerons d'abord que cette crise marque un tournant important de la Modernité comme le souligne Charles Taylor¹⁹.

14. *Supra* note 3.

15. C. Taylor, *Sources of the Self : the Making of modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989 et *La liberté des modernes*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

16. *Supra* note 5.

17. *Supra* note 3.

18. *Ibid.*

19. *Supra* note 2.

2.1. Le malaise taylorien

Selon la thèse défendue par Taylor, le sujet moderne ne penserait guère plus qu'à réfléchir les comportements humains à travers son expérience personnelle, entièrement tourné vers lui-même et entièrement préoccupé par sa propre finitude. Par extension, les rapports sociaux seraient réduits à de simples relations intersubjectives apparaissant et disparaissant selon les caprices de chacun, hors de tout véritable cadre institutionnel. Dès lors, toute interrogation sur le bien et le mal à l'intérieur d'une société donnée ne serait plus qu'une simple réflexion formulée à partir des expériences individuelles en fonction d'une prise de décision se voulant rationnelle. Toute discussion avec l'autre ou toute mise en commun d'expériences avec autrui faisant apparaître les différentes perceptions individuelles du bien et du mal, prendrait des allures de véritables débats d'opinion, voire d'inextricables problèmes sociaux ou d'insoutenables dilemmes éthiques. Le bien et le mal deviendraient ainsi des enjeux de vie en société, non pas quant à la définition d'un bien commun mais quant à la manière de faire cohabiter une multiplicité de conceptions du bien. La «demande d'éthique» — qui est en fait une volonté de réfléchir et mettre en forme ces problèmes — marquerait alors nos rapports à la norme du sceau de cette quête de légitimité morale que le bien commun désormais disparu ne pourrait plus nous fournir. C'est là la conception libérale de la vie en société²⁰, ou à tout le moins, la version dure de cette conception qui pourrait évidemment être nuancée à bien des égards²¹. Nous partirons néanmoins de cette conception pour développer notre argument afin de prêter le maximum de cohérence à la position libérale qui prévaut actuellement dans nos sociétés. Pour bien saisir la portée de cette position dans notre argumentation, nous définirons les notions de «problème» éthique et «demande» éthique, de même que le rôle réservé au bien et au mal dans la résolution des «problèmes» afin de voir en quoi cette position peut influencer le rapport à la norme.

Par «problème éthique», nous entendons une action dont la réalisation soulève des apories qui se traduisent généralement par une question du type

20. A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois, *Libéraux et communautariens*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

21. Voir aussi le livre de Berten pour une discussion de ces problèmes.

«dois-je agir de telle ou telle manière?» dans une situation donnée. Face à un tel questionnement, le citoyen cherche dans le discours juridique une norme, une loi ou une règle qui l'aide à déterminer la manière d'agir la plus appropriée. Il cherche donc dans le discours juridique non pas un cadre moral mais une simple procédure lui permettant de défendre ses propres valeurs individuelles à l'intérieur d'un choix clairement rationalisé. Mais en raison de la conception qu'il se fait de lui-même, le sujet - citoyen évoqué par Taylor sera toujours plus gourmand dans la requête de droits visant son plein épanouissement personnel par l'élargissement de la palette des comportements qu'il pourra estimer socialement et juridiquement acceptables. Dans ce dernier cas, nous parlerons d'une demande d'éthique informellement adressée à l'État par le biais des tribunaux pour produire de nouveaux droits censés engendrer de nouvelles demandes d'arbitrage sociaux toujours plus complexes. Nous distinguerons toutefois cette quête de droits d'une demande morale puisque le citoyen chercherait simplement une légitimation de ses choix afin de pouvoir les opposer à ceux des autres plutôt que de privilégier une réflexion sur le bien et le mal. La demande d'éthique renverrait par conséquent à une réflexion sur la norme et les valeurs sous-jacentes à la formulation du choix rationalisé.

Comme l'illustrent les travaux de Dworkins²², Rawls²³ et Lenoble²⁴, cette attitude a pour conséquence une véritable «procéduralisation» du droit. Souhaitant en effet s'incarner dans la volonté de l'État comme lieu d'institutionnalisation de la vie publique et se situer au-delà des questions morales relatives à un bien commun, le droit s'est présenté, au cours du XXe siècle, comme un discours «axiologiquement» neutre régulant la vie en société. En ce sens, nous pourrions parler d'une «déséthicismation» du droit essentiellement due à deux facteurs : l'individualisme exacerbé des citoyens qui amène une instrumentalisation du droit au profit des seules volontés individuelles d'une part et, d'autre part, la technicité de nos sociétés qui ont évacué tout débat sur le juste au profit d'une réflexion sur leur capacité de rendre divers services à la communauté.

22. R. Dworkins, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

23. J. Rawls, *Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

24. J. Lenoble, «La procéduralisation contextuelle du droit» dans *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Buylant aux pp. 97-124.

2.2. Le constat sociologique de l'individualisme

Comme la plupart des auteurs le reconnaissent maintenant, nos sociétés sont marquées par le phénomène d'individualisation²⁵, c'est-à-dire par ce repli sur soi propre au sujet moderne qui lie son projet de vie à l'affirmation de sa seule liberté. Selon Charles Taylor, cette liberté serait même devenue, au fil du temps et au gré de l'émancipation humaine, la seule finalité de nos existences. En réalité, c'est essentiellement le projet libéral qui oriente le développement de nos sociétés. C'est donc ce projet qui doit être considéré comme postulat de départ²⁶ pour comprendre tant nos interactions individuelles que notre «vivre ensemble».

En ce sens, l'individualisme exacerbé que nous connaissons a pour principale conséquence de nous couper du monde et de nous renvoyer à une quête de sens presque exclusivement bâtie sur nos perceptions individuelles. Cependant, la critique «communautarienne» a bien montré que cette quête de sens fondée sur les besoins individuels ne peut rester hors de tout cadre communautaire²⁷. Et c'est la raison pour laquelle elle a pris, et continue de prendre, la voie juridique pour se traduire en langage juridique sous la forme de nouvelles normes (codes d'éthique, codes de déontologie, normes du travail, normes de la sécurité routière, normes de consommation d'alcool, normes de tolérance du gras dans la viande, normes concernant la nocivité des médicaments, etc.) ou de nouvelles formes d'interprétation du droit (évolution de la fonction de juger et nouvelles formes de mise en pratique de la norme : médiation, négociation, etc.). Elle prend cette voie parce que depuis le début de la Modernité, les normes juridiques ont presque toujours encadré le «vivre ensemble». L'individualisme actuel de nos sociétés force toutefois ce droit à se redéfinir et provoque la présente crise juridique qui est aussi celle des valeurs. Il convient en effet de tenir compte du paradoxe suivant : vidé de tout contenu éthique afin d'éviter quelque biais moral qui aurait pour conséquence de

25. G. Lipovetsky, *L'ère du vide*, Paris, Gallimard, 1983 et W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy, an introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

26. A. Lacroix, «Une éthique inclusive de la citoyenneté» dans Y. Boisvert, J. Hamel et M. Molgat, *Vivre la citoyenneté : identité, appartenance et participation*, Montréal, Liber, 2000 aux pp. 53-64.

27. *Supra* note 20.

privilégier certaines valeurs au détriment de d'autres, le droit est maintenant sollicité à des fins qui l'obligent à réintroduire l'éthique dans son discours.

Comme le souligne Taylor, la technicité de nos sociétés a ainsi progressivement amené l'Homme à se couper de ses sources et à résoudre ses problèmes²⁸ dans la seule perspective de l'évaluation des coûts et des bénéfices, au détriment de tout questionnement portant sur la finalité de la vie commune. Cette technicité a aussi provoqué une relecture des rapports sociaux au seul profit d'une «procéduralisation» et d'une régulation, voire d'un équilibre social plus ou moins nécessaire à la réalisation des projets individuels. Le droit n'a plus alors pour rôle d'incarner le juste et le bien mais de réguler des échanges selon la logique marchande qui prévaut aujourd'hui. En ce sens, la crise qu'a traversée l'État providence au cours des dernières décennies résulte de l'individualisme et devient davantage un symptôme qu'une conséquence de cet individualisme postmoderne tant décrié par tous. La crise de légitimité de cet État providence nous oblige en fait à redéfinir notre conception du droit comme l'illustrent les travaux du mouvement *Law and Economics* et ceux des théoriciens du choix social qui découlent essentiellement des recherches faites par les économistes depuis le tournant du siècle²⁹.

Ainsi, par-delà les simples progrès techniques qui ont assuré le bien-être de nos communautés et contribué à augmenter de manière significative notre qualité de vie, l'évolution de nos sociétés contemporaines a surtout rendu inéluctable la technicité des rapports interindividuels: nous ne cherchons plus d'abord à donner un sens à nos relations avec les autres mais nous les instrumentalisons en fonction de la fin immédiatement recherchée.

À sa manière, le droit a fait l'objet de cette instrumentalisation au point de l'incarner au quotidien: il s'est «procéduralisé» ou technicisé. Il est devenu un «faire valoir» de l'individualisme contemporain au point de voir éclater complètement son corpus en une incroyable diversité de normes d'une multitude de regroupements paradigmatiques. À sa manière, le pluralisme juridique allait

28. J. Ellul, *Le système technicien*, Paris, Calmann-Lévy, 1977.

29. E. Picavet, *Choix rationnel et vie publique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996; M. Rosier, *L'État expérimentateur*, Paris, Seuil, 1994 et J. C. Merle, *Justice et progrès*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

d'ailleurs chercher à rendre compte de cette nouvelle réalité complètement dispersée et tenter de répondre à la crise actuelle que traverse le droit.

Face à ces facteurs de fragmentation sociale, la remise en question de la théorie normative du droit s'impose puisque le droit ne semble plus pouvoir gérer à lui seul tout le débat public relatif à la nouvelle demande éthique. Ce droit que nous avons présenté comme un discours ayant trait à ce qui est exigible et autorisé dans une collectivité humaine par conformité à une règle précise³⁰, n'incarnant plus ce qui est exigible sur le plan éthique, connaît désormais un problème de légitimité et d'effectivité. Ce problème, les théoriciens du droit cherchent à le résoudre à l'intérieur du paradigme juridique en tentant d'élaborer une nouvelle théorie normative afin de surmonter la crise et de ménager au droit de nouvelles zones d'influence. Si leur tentative devait échouer, il faudrait alors vraisemblablement chercher une solution hors de l'actuel paradigme juridique. Or, les tentatives de renouvellement interne de la théorie du droit se heurtent précisément à une aporie épistémologique de taille qui semble échapper aux tenants d'une telle entreprise.

3. Les limites du renouvellement interne de la théorie normative

Dans un de ses derniers ouvrages, Jean-Guy Genard affirme que:

...l'imaginaire occidental s'est construit sur des bases individualistes où l'acteur se réfléchit avant tout comme détenteur de droits, et principalement de droits subjectifs, que l'État est appelé à encadrer et à garantir. Dans cette perspective, le droit apparaît clairement comme l'horizon à partir duquel se pensent l'intégrité et la reconnaissance de la personne. (...) Le droit devient également, en même temps que s'affaiblissent les autres formes de régulations sociales, le dispositif régulateur par excellence à la fois des collaborations entre individus (pensons à l'importance de la forme contractuelle) et des conflits opposant l'individu à d'autres individus ou à des êtres collectifs, parmi lesquels l'État lui-même³¹.

30. *Supra* note 6.

31. *Supra* note 1 à la p.10.

Cette affirmation inscrit son auteur dans le courant du positivisme juridique, c'est-à-dire d'une théorie interprétative du droit selon laquelle le droit est généré par l'État et l'étude des normes juridiques doit se pratiquer sur le modèle illustré par les autres sciences. Ce positivisme juridique a toutefois montré ses limites dans l'actuelle crise des fondements que vit le droit³². D'autres courants de pensées envisagent le droit autrement. Ainsi, pour les tenants de la thèse du pluralisme³³, le droit, en tant que construction sociale et phénomène normatif, n'existe en effet qu'à travers la reconnaissance que lui accordent les citoyens. Tandis que pour les tenants du courant naturaliste, le droit n'existe qu'en fonction d'un cadre naturaliste transcendant les appartenances culturelles, religieuses et sociales (pour les tenants du courant naturaliste)³⁴. Dans le premier cas, le droit ne peut prétendre à une transcendance au sens où plusieurs l'entendent³⁵ puisqu'il est immanent aux volontés individuelles. Et dépourvue de cette transcendance, l'institution juridique est de plus en plus perçue et de plus en plus utilisée sur le mode instrumental³⁶ ou procédural pour assurer le simple encadrement des prises de décision que la population voudra les plus équitables. Dans le second cas, c'est l'appel à un nouvel horizon de sens qui sera évoqué, comme le souligne Charles Taylor, puisqu'en provenant des citoyens-sujets, le droit serait coupé de ses traditionnelles sources transcendantales. Pourtant, ces deux voies semblent mener à un cul de sac puisque dans le premier cas, la légitimité sociale des normes considérées représentera un important problème³⁷ tandis que dans le second cas, c'est un retour à l'improbable universalisme des Lumières qui soulève d'importantes difficultés, comme le mentionne également Charles Taylor³⁸. Pour ces raisons, nous devons prendre acte des changements subis par nos sociétés et transposer ces changements au droit afin de mieux comprendre le nouveau rôle qui lui est imparti sans verser dans la nostalgie des théories passées ni dans une invraisemblable fuite vers l'avant. Mais pour mieux

32. *Supra* note 6.

33. A. Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

34. J.-C. Billier et A. Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001.

35. *Ibid.*

36. *Supra* note 1 à la p.13.

37. R. Treves, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

38. *Supra* note 2.

comprendre la portée de son discours, il convient de faire apparaître les transformations subies par le droit depuis quelques décennies.

3.1. La transformation du droit

Depuis les années 1950, le rôle du droit a évolué au point où plusieurs remettent maintenant en question sa finalité : est-il d'abord et avant tout un mode de règlement des différends entre personnes, voire entre personnes et institutions? Est-il plutôt une simple procédure visant à encadrer les décisions individuelles et les arbitrages sociaux en respectant la stricte neutralité souhaitée par les penseurs libéraux? Est-il enfin une discipline ayant pour tâche d'objectiver les normes sociales en vigueur afin de faciliter les interactions entre personnes, institutions et collectivités au sens où l'entendent les tenants du courant sociologique³⁹? À moins que nous ne soyons condamnés à reprendre la formule de Bernard Williams⁴⁰ qui attire malicieusement l'attention sur les limites du droit en ce qui a trait à l'éthique? Toutes ces questions soulignent que le droit est en crise selon plusieurs et qu'il ne saurait, comme le rappelle avec justesse Charles Taylor⁴¹, résoudre tous les problèmes éthiques auxquels nos sociétés occidentales sont actuellement confrontées.

L'adoption des Chartes des droits par un grand nombre d'États, tout comme l'avènement de la conciliation (différents modes de règlement des différends) au sein de nos démocraties occidentales - dans les domaines tant civils que criminels⁴² - et des éthiques appliquées résolument centrées sur la personne reflètent d'ailleurs ces nombreux changements entourant le recours à la faculté de juger et sa mise en application. Loin d'incarner l'univocité de l'évolution sociale, ces nouvelles manières d'exercer le jugement pratique sont plutôt des tentatives de refonder l'éthique en marge du droit afin de dépasser

39. *Supra* note 37.

40. B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

41. *Supra* note 2.

42. A.-M. Boisvert et K. Benyekhlef, «Les modes alternatifs de résolution des litiges en droit criminel : considérations pratiques» (1990) 10 Windsor Y. B. Access Just. 6; J.P. Bonafé Schmitt, «La médiation : une autre justice?» dans J.P. Bonafé Schmitt, *La médiation : une justice douce*, Paris, Syros Alternatives, 1992 à la p. 179 et s.

toute forme de consensus et de privilégier les revendications individuelles. En effet, sur quoi les individus doivent-ils fonder leur prise de décision? Sur quoi doivent-ils faire reposer leur jugement pratique à partir du moment où chacun doit redéfinir son appartenance selon ses propres préférences et sentiments du moment, voire sur sa propre expérience de vie et quête d'authenticité pour reprendre les termes de Charles Taylor?

Historiquement, le droit a représenté le cadre normatif à l'intérieur duquel ces décisions pratiques pouvaient être formulées. Mais dans le contexte décrit dans la première section, ce cadre normatif révèle ses insuffisances. Nous pouvons certes recourir à une conceptualisation aristotélicienne⁴³ pour refonder notre jugement pratique⁴⁴ en renvoyant à l'animal social naturel si cher à la tradition grecque, mais c'est faire fi de l'évolution et des transformations des conceptions de l'Homme depuis Aristote⁴⁵. Quoi qu'en disent par ailleurs les «communautariens», c'est tricher avec l'histoire et prétendre ancrer les prises de décisions et les règlements des différends dans un cadre anthropologique qui n'est plus celui de nos démocraties occidentales. C'est en quelque sorte revenir au cadre anthropologique des Modernes en enfermant notre réflexion dans un malheureux passéisme si nous ne prenons garde d'adapter ce cadre à notre époque⁴⁶. Nous pouvons aussi recourir à une conceptualisation libérale de l'État et refuser toute compromission de l'État en «surinvestissant» la notion de préférences individuelles qui serait plus ou moins contextualisée⁴⁷. Mais dans ce cas, ce serait nous en remettre à la théorie du choix rationnel qui a démontré ses propres limites dans la foulée des critiques de Elster⁴⁸, Picavet⁴⁹ et bien

43. J. F. Malherbe, *Le nomade polyglotte*, Montréal, Fidès, 2000.

44. G. A. Legault, «L'éthique appliquée : le malaise de la philosophie» (1997) 1 *Ethica* 9.

45. Voir à ce propos J.-P. Vernant, *Les origines de la pensée grecque*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

46. Il ne faut toutefois pas rejeter en bloc le recours aux travaux d'Aristote pour autant. L'utilisation d'une réflexion usant d'un cadre herméneutique qui s'enracine dans le terreau contemporain tout en acceptant de n'être pas la première à penser les problèmes auxquels elle est confrontée nous apparaît évidemment tout indiquer dans bien des cas. Il faut toutefois prendre grand soin de bien camper une telle utilisation de concepts élaborés à d'autres époques.

47. Voir les travaux de Amartya Sen à ce sujet.

48. J. Elster, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

49. E. Picavet, *Choix rationnel et vie publique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.

d'autres. Ainsi, alors que nous croyions le triomphe de la démocratie arrivé, et le droit parvenu à son ultime aboutissement avec l'adoption des nombreuses Chartes, il nous faut composer avec un nouveau problème : comment repenser le droit sur la base de l'individualisme ambiant et comment le réfléchir dans le contexte actuel de la crise du droit qui sous-tend celle des valeurs et incarne le malaise de nos démocraties occidentales⁵⁰?

Cette dernière question peut d'abord être réfléchie à l'aide des outils mis à notre disposition à l'intérieur du paradigme juridique. Dans ce cas, nous devons prendre en compte différents types et niveaux de normes afin d'élaborer un discours juridique portant sur «l'internormativité»⁵¹. Selon cette approche, il s'agit soit de poursuivre dans la voie du positivisme juridique, soit de revoir ce positivisme juridique qui a toujours cherché à hiérarchiser entre elles les normes en fonction d'une approche verticale⁵². Nous pourrions alors considérer la norme comme un fait et la replacer dans son contexte afin d'identifier ses principales caractéristiques. Les chercheurs qui préconisent cette solution tablent ainsi tout à la fois sur la subjectivité et l'objectivité de la norme : sa subjectivité puisqu'elle dépend bien sûr de son contexte d'élaboration, de symbolisation et d'interprétation, mais aussi son objectivité puisque nous considérons alors cette norme comme un donné factuel. Le travail des sciences sociales aura alors pour principale tâche de contextualiser les normes, de les discuter et de les classer afin de clarifier la procédure d'application et d'interprétation, laissant au droit le soin de théoriser ces procédures d'interprétation, de hiérarchisation et de classification des normes.

Dans le contexte évoqué ci-dessus, les théoriciens reprendront leurs analyses à l'intérieur d'une approche qui est celle du positivisme juridique pour tenter de «bricoler» une solution *ad hoc* en réponse à une anomalie de la théorie juridique. Cela correspond à ce que Thomas Kuhn aurait appelé, en d'autres temps et d'autres lieux, une crise du paradigme dominant. Comme le rappellent plusieurs, le positivisme juridique semble toutefois avoir épuisé ses ressources et être parvenu au bout de sa course. Il y aurait alors lieu de parler d'une

50. *Supra* note 2.

51. C'est la voie retenue par A. Lajoie, *supra* note 33 et G. Rocher, *supra* note 8 entre autres.

52. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

situation propice à une «révolution» ou un renversement du paradigme prévalant. Pour cette raison, il nous faudrait alors nous tourner vers une autre solution pour prendre en compte le pluralisme social actuel et le réfléchir à l'intérieur de ce qui deviendrait peut-être un nouveau paradigme juridique. Ce discours révisionniste est habituellement celui des juristes qui cherchent à refonder le droit sur de nouvelles bases. Ils cherchent alors à reformuler l'organisation logique du discours juridique pour lui donner une nouvelle cohérence. Ils ne questionnent pas tant les fondements du droit, et sa légitimité, que sa mécanique interne afin de permettre l'avènement de nouvelles approches. À notre sens, la médiation, la conciliation et les nouveaux modes de règlement des différends dans leur ensemble relèvent de cette approche qui vise à repenser le droit de l'intérieur tout en prenant en compte l'évolution sociale qui l'oblige à revoir son rôle. Les tenants de cette démarche seraient toutefois condamnés à se voir constamment demander si cette entreprise est encore bien de nature juridique. Autrement dit, les fondements épistémologiques et politiques de cette approche nous apparaissent encore devoir être précisés.

3.2. Les fondements épistémologiques du droit

Si nous faisons porter notre analyse sur les fondements épistémologiques du droit justement, cela nous oblige à repenser le droit en amont et en aval, comme l'évoque Guy Rocher dans son livre *Études de sociologie du droit et de l'éthique*⁵³. En amont d'abord puisque le droit a évolué selon notre propre conception des rapports humains, de telle sorte que ses fondements ne sont peut-être plus les mêmes. En aval ensuite puisque la finalité du droit pourrait bien avoir également changé, de même que les conséquences et la manière de formuler les jugements⁵⁴. Il serait évidemment présomptueux de vouloir considérer ces deux pôles de recherche à l'intérieur du présent texte même si cela nous permettrait de mieux comprendre les difficultés intrinsèques du droit à réfléchir la dimension éthique des problèmes qui lui sont soumis. Sans nous livrer à cette analyse exhaustive, nous insisterons toutefois sur les principaux éléments présents en amont et en aval de la théorie du droit. Cela, afin de faire

53. *Supra* note 8.

54. *Supra* note 33.

apparaître le «carcan épistémologique» à l'intérieur duquel le droit devrait se développer.

D'une conception transcendente du droit, nous sommes progressivement passés à une conception constructiviste qui fait du droit une pure construction symbolique de la justice conçue comme une justice, non plus réparatrice mais correctrice au sens où elle est maintenant chargée de corriger les situations en assurant une rétribution aux personnes lésées. Une telle évolution du droit en a amené plus d'un à considérer ce dernier comme une simple procédure de règlement des différends. La finalité du droit n'est plus tant de rendre la justice que d'assurer des relations équitables entre les citoyens d'une même communauté juridique. Et cette équité n'a par ailleurs aucune existence en soi puisqu'elle dépend essentiellement du type de valeurs privilégiées par l'État. En ce sens, le droit se «procéduralise» et devient bien plus qu'un ensemble de normes à interpréter. Il est plutôt le cadre même d'interprétation. Il est l'ensemble des procédures visant à assurer une interprétation contextuelle des normes devant être considérées pour réguler la vie en société. Et ces normes sont quant à elles considérées et traitées comme des faits objectifs dans le contexte du positivisme juridique. L'épistémologie du droit reposerait ainsi sur un postulat d'objectivité de la norme qui est considérée comme un «fait objectif» que le spécialiste du droit doit interpréter. Et comme le veut le courant libéral⁵⁵, le droit, en tant que discours, devient une simple interprétation qui a pour fonction de contextualiser les normes à la faveur d'une mise en forme procédurale du jugement pratique

Ce discours encourage ainsi l'émergence d'une «procéduralisation» cognitive comme l'appelle Jacques Lenoble, c'est-à-dire une «mise en place des mécanismes permettant de générer au plan collectif des processus d'apprentissage pour gérer l'indétermination liée à des contextes de rationalité limitée»⁵⁶. Une telle procéduralisation évacue toutefois complètement la dimension éthique au seul profit d'une efficacité et d'une légitimité du processus décisionnel. En ce sens, le droit reste incapable de formuler une réponse qui

55. J. Rawls, *supra* note 23; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

56. J. Lenoble, «Idéal de la raison et raison procédurale» dans J. Ayoub *et al.*, dir., *L'amour des lois*, Montréal, L'Harmattan, 1996 à la p. 285.

possède une quelconque dimension éthique. Cette incapacité a amené le droit à adopter deux types d'action : 1) les spécialistes du droit ont cherché à transformer le droit de l'intérieur en développant de nouveaux modes d'interaction qui prendraient en compte les différents niveaux de normes; 2) ces mêmes spécialistes ont cherché à revoir la finalité même du droit.

Dans le premier cas, c'est tout le positivisme juridique qui se trouve remis en question puisque le droit ne peut plus être considéré comme un donné empirique à traiter mais plutôt comme une construction sociale devant être continuellement «réinterprétée» et recréée en fonction des valeurs sociales du moment. Les approches visant à réfléchir ces transformations restent toutefois essentiellement juridiques puisqu'elles sont réfléchies à l'intérieur du paradigme juridique déjà existant. Les tenants de ces approches prendront en compte différents types de normes, en soutenant «l'internormativité» du droit mais cette «internormativité» reste essentiellement juridique et a peu à voir avec une «internormativité» sociale: elle cherche à tenir compte des différents niveaux de normes afin de les intégrer plus adéquatement dans une prise de décision sans jamais déborder le cadre juridique.

Dans le second cas, dès lors que nous touchons la finalité du droit, nous le détachons de la finalité de l'État afin d'en faire, non pas une morale publique, mais une morale collective mise au service des droits individuels. Cette dernière transformation aura pour conséquence de constitutionnaliser le droit qui aura pour principale fonction de contrôler la production des normes défendues par le législateur, de réorganiser la fonction de juger – les juges devenant les nouveaux sages et interprètes de la morale publique-, et de formaliser les modes de règlement⁵⁷. Plutôt que d'incarner et de réfléchir l'éthique, le droit devient le lieu de contrôle et de sanction de cette éthique, ce qui le situe à l'extérieur du cadre éthique, à l'extérieur d'une éthique de société... et à l'extérieur de toute réflexion éthique. Il ne questionne pas la norme, ni son bien fondé, il en assure plutôt la formalisation et l'interprétation selon une procédure dûment précisée par le législateur et les spécialistes. Le droit incarne alors le lieu de régulation, non pas des comportements, mais des normes.

57. *Ibid.* aux pp. 286-288.

Ce que Jacques Lenoble appelle l'émergence d'un troisième paradigme du droit est à notre avis l'illustration des limites éthiques du droit. Ce dernier ne peut plus rendre compte d'une morale publique mais doit désormais se limiter à encadrer une prise de décision en assurant la bonne procédure, en assurant, non pas de fonder la morale, mais de donner un fondement à une prise de décision à l'intérieur du cadre institutionnel duquel dépend le droit. Si nous avons raison et que l'évolution subie par le droit l'a amené à devoir assumer une autre mission, il reste à examiner les raisons pour lesquelles cette nouvelle mission l'empêcherait de répondre à la nouvelle demande d'éthique.

3.3. Le cul-de-sac juridique

Face à la très grande complexité de la prise de décision citoyenne, les tenants du libéralisme ont défendu l'idée que le droit garantit à cette décision un cadre «axiologiquement» neutre afin de laisser subsister un espace suffisant pour l'affirmation des libertés individuelles. Selon cette approche, le droit doit alors faire place à de nouveaux types de délibération, à moins d'accepter de se redéfinir en se vidant de sa charge éthique au profit d'une simple «procéduralisation», comme nous venons de l'évoquer. Pour Guy Bourgeault,

...l'éthique est appelée à se faire désormais plus interrogative qu'impérative, et le droit doit se soucier moins des lois et des normes devant régir les conduites «justes» et davantage des procédures requises ou appropriées pour que les décisions et les choix qui seront faits aient les meilleures chances d'y mener⁵⁸.

Par sa nature même, et en raison du type de sociétés qui sont maintenant les nôtres, le rôle du droit est progressivement restreint à la définition du cadre procédural de la prise de décision. Comme Bruce Ackerman l'a rappelé au début des années 1980⁵⁹, l'État de droit libéral qui est celui de nos démocraties occidentales se veut le plus neutre possible à l'égard des libertés individuelles. En ce sens, en réponse à la crise de l'État providence que nous évoquions un peu

58. G. Bourgeault, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales*, Montréal, Presses de l'université de Montréal, 1990 à la p. 240.

59. B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven (Connecticut), Yale University Press, 1980.

plus tôt, l'État ne se reconnaît plus, ou de moins en moins, le rôle de super décideur et préfère plutôt se cantonner dans un rôle d'arbitre impartial des rapports interindividuels comme le préconisent les tenants de la pensée libérale. Pour cette raison, le droit a eu souvent pour fonction de traduire la morale publique à travers la normativité étatique. Il a toutefois désormais pour tâche de garantir l'affirmation et le respect des libertés individuelles sans devoir, ni pouvoir, interférer avec la finalité de ces libertés. Se retranchant derrière cette neutralité toute libérale, l'État, ou le législateur — comme incarnation des volontés étatique et politique —, multiplie ainsi l'adoption de normes visant à encadrer les comportements sans jamais prétendre intervenir sur le fond. C'est dans ce contexte que l'on assiste, d'une manière assez paradoxale, à la multiplication des normes (ce que certains ont appelé «l'hypernormativité» étatique) et des règlements visant à encadrer et, à la limite, à restreindre les comportements et choix individuels au sein de nos démocraties occidentales. C'est l'incarnation même de l'approche déontologique et c'est en réalité tout le paradoxe de la pensée unique : en même temps que nos États reconnaissent à chacun la capacité de penser librement ses comportements et de les argumenter en fonction de ses valeurs individuelles, ce même État multiplie les moyens de les encadrer afin de protéger les autres contre d'éventuels dérapages. Cet «État» cherche, en d'autres termes, à encadrer le processus de prise de décisions afin de limiter au maximum l'indétermination du choix rationnel qui pose tant de problèmes à chacun. Mais plutôt que d'aller dans le sens d'une plus grande liberté accordée au jugement pratique, on tend alors à réintroduire une certaine détermination de la décision qui a pour effet de restreindre la liberté reconnue à chacun au sein de nos démocraties occidentales. Et cette liberté, le droit en est également devenu le principal instigateur en étant vidé de tout contenu éthique au profit d'une exacerbation de son caractère «procéduraliste». Dans ce contexte, les limites du droit apparaissent assez rapidement en ce qui a trait à ses fondements éthiques: il peut encadrer mais non pas justifier les choix éthiques, sinon au niveau de la simple procédure d'argumentation et de prise de décisions. Et encore là, il pourra le faire à l'intérieur de la seule normativité juridique qui est celle de l'État. Mais qu'en est-il lorsqu'il doit encadrer des délibérations qui émergent en marge de cette vie politique étatisée et légitimée qui n'en sont pas moins des modes d'expression de la vie citoyenne, comme l'illustrent tous les nouveaux mouvements de résistance citoyenne dans la plupart des grands forums politiques internationaux? Sur ce plan, les limites du droit en tant que normativité étatique apparaissent assez clairement puisqu'il a cessé d'incarner

une morale au profit d'une simple procédure. Le droit se vidant de sa substance, il n'est guère étonnant de voir d'autres formes de modes de régulation émerger. Le droit a payé le prix de sa neutralité axiologique en devant renoncer à sa dimension éthique que l'on voudrait maintenant réintroduire en limitant l'indétermination du choix rationnel.

Face à cette situation, nous pourrions être tentés de choisir la voie de la «rééthicismation». Le rappel des limites du droit comme normativité étatique pourrait en effet se voir opposer une nouvelle formulation du droit. Ce serait la voie qu'emprunteraient les différents modes de règlements des différends et les nouvelles interprétations de la fonction de juger qui tendent à émerger depuis quelques années. Toutefois, si ces travaux sont, par leur nature même, fort intéressants et efficaces pour résoudre des divergences entre citoyens, ils n'en demeurent pas moins porteurs d'un discours qui n'est pas intrinsèquement juridique et qui doit encore être fondé. Mais pour que de telles pratiques soient fondées, il leur faut nécessairement œuvrer à la «rééthicismation» du droit, comme le mentionne Legault dans ces plus récents travaux. Une telle «rééthicismation» demande au droit de réintroduire ce qu'il a évacué de son discours et revoir à rebours tout son travail de théorisation. Pour les raisons évoquées plus tôt, une telle avenue nous apparaît difficilement possible. Est-ce pour autant une mise à mort des nouvelles formes de règlement des différends défendus par plusieurs? Il nous semble que non. Sauf que les défenseurs de telles approches devront se résoudre à accepter le caractère «hybride» de leurs travaux et tirer les conclusions qui s'imposent : les fondements épistémologiques de ces approches sont à chercher hors du traditionnel paradigme juridique, là où le jugement pratique citoyen est en passe de se reformuler et de définir de nouvelles règles du jeu démocratique.

4. L'alternative: le jugement pratique citoyen

Le droit ayant perdu tout repère politique et abandonné toute prétention à incarner une éthique publique pour se rabattre essentiellement sur un nouveau paradigme procédural, il reste à «réinventer» une nouvelle éthique publique ou à tout le moins à repenser notre rapport à la norme d'une manière fondamentale. Deux pistes s'offrent à nous : ou nous procédons à une «éthicismation» du droit, comme l'évoque Georges Legault, ou nous acceptons le droit pour ce qu'il

est devenu: une simple procédure aidant à réguler les comportements. Dans ce dernier cas, il nous faut alors imaginer une nouvelle éthique sociale qui consisterait à revaloriser la mise en forme du jugement pratique des citoyens. Comme nous venons de souligner la difficulté de «ré-éthïciser» le droit en raison de l'évolution subie par nos sociétés, il nous apparaît tout naturel de nous tourner vers de nouvelles formes de régulation déjà identifiées par Guy Rocher et plusieurs autres⁶⁰.

Face aux incohérences actuelles du droit, plusieurs formes de réflexion ont en effet émergé au cours des dernières années et l'une d'entre elles prend racine dans les pratiques réflexives développées dans le cadre de l'éthique «situationnelle» mise de l'avant par les chercheurs américains et reprise au Québec par des penseurs tels Legault et Racine⁶¹. En fonction de cette approche, le jugement pratique est conceptualisé à partir de la situation vécue par les protagonistes afin de contextualiser la prise de décisions, eu égard aux dimensions de la conscience, des institutions et de la société. Ces travaux sont maintenant repris par plusieurs et les modèles produits sont présentement étudiés par l'équipe de recherche Boisvert, Lacroix et Létourneau⁶² de l'Université de Sherbrooke.

Nous pouvons être tentés de voir dans l'émergence de l'éthique appliquée une forme de réponse improvisée et inachevée. Nous n'aurions sans doute pas tort puisque ces réponses viennent combler un vide, une absence de cadre normatif satisfaisant pour répondre à la nouvelle demande éthique. Plutôt que d'être un champ disciplinaire planifié et structuré, il répond à une demande formulée par les citoyens qui ne parviennent plus à trouver dans le droit un mode de règlement satisfaisant : trop procédural, trop associé à la norme sociale incarnée par l'État de droit précisément. À défaut de pouvoir fonder les prises de décisions individuelles et de contribuer à redonner un sens à la vie en

60. *Supra* note 8.

61. L. Racine, G. A. Legault et L. Bégin, *Éthique et ingénierie*, Montréal, McGraw-Hill, 1991.

62. L'équipe de recherche Boisvert, Lacroix et Létourneau cherche actuellement à fonder les différents types de modélisation développés à partir du cadre de l'éthique situationnelle qui est essentiellement pragmatique, utilitariste et libéral dans ses fondements. Une note de recherche faisant état de ces travaux doit paraître au cours de l'année 2002.

communauté, le droit s'est rabattu sur une morale publique étatique qui, hélas, n'incarne même plus les désirs de ses membres.

En marge du droit et de l'État, l'individu contemporain s'affirme et souhaite voir prendre en compte des valeurs, des normes, des règles, des lois et des identités culturelles, religieuses et linguistiques qui ne sont pas celles du groupe dominant et, par extension, pas celles de l'État. Pour cette raison, ces balises normatives ne peuvent être conceptualisées ni discutées à la faveur d'un cadre conceptuel qui ne peut leur reconnaître la place qui leur revient. Autrement dit, il apparaît que l'espace public ne peut plus être réduit au seul État. Cet espace s'esquisse à partir des réalités individuelles, des valeurs qui sont mises de l'avant par chacun, indépendamment du cadre juridique.

5. Conclusion

En guise de conclusion, nous proposons de considérer le droit pour ce qu'il est : une normativité instituée par l'État qui est essentiellement l'expression de la volonté collective. Nous proposons en revanche de considérer l'éthique dite appliquée comme l'expression d'une réflexion individuelle sur des enjeux tant individuels que sociaux. En ce sens, l'éthique appliquée pourrait tout simplement incarner cette nouvelle éthique de la postmodernité qui passe par l'expression des volontés individuelles plutôt que de reposer sur une normativité plus ou moins étatique (mais à tout le moins institutionnalisée par l'État) comme le fait le droit. En réalité, compte tenu de l'individualisme ambiant et du fondement libéral - au sens philosophique du terme - de nos démocraties occidentales, toute réponse à la demande d'éthique doit partir d'une normativité issue des individus plutôt que de l'État, et la seule véritable réponse possible reste, à mon sens, celle qu'illustrent les travaux des chercheurs qui réfléchissent ce rapport à la norme à l'extérieur des systèmes normatifs pour le faire émerger là où la réflexivité s'articule : dans le jugement pratique du citoyen.

Certes, la solution proposée par les tenants d'une approche «procéduraliste» du droit nous apparaît intéressante en ce sens qu'elle constitue une réponse interne au discours juridique, mais elle nous apparaît davantage une mise en forme des limites du droit qu'un véritable redéploiement de la réflexion au profit de la nouvelle demande citoyenne. Le droit reste une normativité qui

est extérieure et étrangère au sujet, une norme que ce dernier doit accepter sans jamais pouvoir l'intégrer totalement dans son jugement pratique au point de la faire sienne. En ce sens, elle est imposée au citoyen et peut, au mieux, être assumée et légitimée en fonction de la définition kantienne de la conscience morale. Pourtant, les questions éthiques ne peuvent être réglées par la seule obligation vécue comme respect de la norme mais par le dialogue comme l'exige toute vie démocratique. L'éthique étant essentiellement réflexive, le droit doit aussi accepter une certaine dose de modestie et voir certaines questions lui échapper: tout n'est pas juridique, contrairement à ce que l'on entend souvent et tout ne peut non plus être réglé par le droit comme le rappelait le juge Jean-Louis Baudouin dans plusieurs de ses interventions sur l'euthanasie et la bioéthique. D'où la nécessité de repenser notre rapport à la norme hors du seul champ juridique pour donner sa pleine mesure au jugement pratique qui sera alors sollicité pour ce qu'il est, un «jugement prudentiel» au sens aristotélicien plutôt que pour ce que l'on voudrait qu'il soit, c'est-à-dire un algorithme de prise de décisions conçu sur un mode scientifique encore trop souvent défendu par plusieurs.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'APPLICATION JUDICIAIRE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DES PERSONNES DONT L'ÉTAT MENTAL PRÉSENTE UN DANGER POUR ELLES-MÊMES OU POUR AUTRUI : POUR UN PLUS GRAND RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

Auteur(s) : Judith LAUZON

Revue : RDUS, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 219-315

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12303>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12303>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'APPLICATION JUDICIAIRE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DES PERSONNES DONT L'ÉTAT MENTAL PRÉSENTE UN DANGER POUR ELLES-MÊMES OU POUR AUTRUI : POUR UN PLUS GRAND RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

par Judith LAUZON*

Ce texte traite de l'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui. La première partie traite de la définition, de l'utilisation et de l'interprétation de la notion de danger d'une personne pour elle-même ou pour autrui, et celle d'état mental qui le sous-tend. Toutes deux sont issues du domaine médical et sont essentielles à la mise en oeuvre de la Loi.

Dans la seconde partie, ce sont certains éléments du cadre procédural, soit la signification et les délais, qui font l'objet d'une analyse. Plus précisément, cette analyse porte sur la compatibilité de ces éléments qui semblent difficilement applicables, ou sont rarement appliqués, au détriment du respect des libertés et droits fondamentaux.

*. La version initiale de ce texte a constitué l'essai présenté en octobre 2001 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour le titre de Maître en droit. Pour ce texte, l'auteure s'est vu décerner le Prix des Juristes de l'État 2002. L'auteure offre à Mme Suzanne Philips-Nootens, qui a bien voulu en assumer la direction, sa reconnaissance pour un soutien et une confiance qui se mesurent déjà en années. Ses remerciements vont aussi à Me Anne-Marie Bilodeau pour sa bienveillance et le temps précieux qu'elle lui a accordé, ainsi qu'à Me Hélène Laberge et à Mme Rita Lambert Davignon qui ont apporté à la révision du texte leur sens critique et leur bon conseil.

220 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

This text analyses the judicial application of An Act respecting the protection of persons whose mental state presents a danger to themselves or to others. The first part deals with the definition, application and interpretation of the notion of danger to oneself or to others and discusses the underlying mental state related thereto. These notions, essential to the application of this Act, come from the field of medicine.

In the second part, this paper examines whether some elements of procedure, service and delays, are compatible with the respect of fundamental rights and liberties, notwithstanding that they are sometimes hardly applicable or rarely applied.

<i>L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes</i>	
(2002-03) 33 R.D.U.S. dont l'état mental présente un danger pour	221
elles-mêmes ou pour autrui : <i>pour un plus grand respect des droits fondamentaux</i>	

SOMMAIRE

Avant-propos	223
Introduction	224
I. La preuve de la dangerosité due à l'état mental : condition essentielle à la mise en oeuvre de la <i>Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui</i>	230
A. La qualité variable de la preuve médicale	231
1. Des critères d'évaluation imprécis	231
2. Le contenu des rapports d'examen psychiatrique, une preuve souvent trop succincte	245
B. L'appréciation de cette preuve par les tribunaux	252
1. Le rapport d'examen psychiatrique : éclairage ou contrainte pour l'autonomie du tribunal?	253
2. La dangerosité : une question de degré	263
II. Les garanties procédurales : véhicule pour une atteinte minimale	272
A. La dispense de signification : une exception devenue principe	275
1. La signification de la procédure judiciaire : son utilité	275
2. Les rapports d'examen psychiatrique : une pièce maîtresse à divulguer	280
B. Les délais : Talon d'Achille du cadre procédural	290
1. Le non-respect du délai de signification : une atteinte aux droits judiciaires	291
2. Le non-respect des délais de présentation : une atteinte illégale à la liberté	296
a) <i>La durée de la garde préventive</i>	297
b) <i>La durée de la garde provisoire</i>	302
c) <i>La présentation d'une nouvelle requête pour garde «régulière»</i>	306

222	<i>L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes</i>	
	dont l'état mental présente un danger pour	(2002-03) 33 R.D.U.S.
	elles-mêmes ou pour autrui : <i>pour un plus grand respect des droits fondamentaux</i>	

d)	<i>Le non-respect des délais de</i>	
	<i>présentation</i>	308

Conclusion		311
-------------------	--	-----

Avant-propos

L'auteure remercie le Curateur public du Québec qui, suite à l'autorisation de la Commission d'accès à l'information, a accepté de lui communiquer cinquante requêtes pour garde «régulière» en établissement, ainsi que l'avis de présentation, les affidavits et les rapports d'examen psychiatrique accompagnant chacune de celles-ci. Les jugements résultant de la présentation de chaque requête furent également communiqués.

Les documents analysés furent sélectionnés, au hasard, parmi les deux cent quatre requêtes pour garde «régulière» en établissement signifiées au Curateur public du Québec à titre de partie mise en cause et présentées à la Cour du Québec entre le 1^{er} janvier et le 23 avril 2001.

Malgré leur sélection aléatoire, les requêtes soumises à notre analyse reflètent une juste répartition régionale. Ainsi, vingt-six requêtes proviennent du district de Montréal (parmi les cent six requêtes présentées au cours de la période de référence), douze proviennent du district de Québec (parmi les cinquante présentées au cours de la période de référence), cinq proviennent du district de Laval (parmi les dix-sept présentées au cours de la période de référence) et les autres requêtes proviennent de l'un ou l'autre des autres districts du Québec. Au total, six districts du Québec et dix-huit établissements de santé ou de services sociaux sont touchés par notre analyse.

Chaque requête pour garde «régulière» en établissement analysée était la première de ce type pour la partie intimée. Aucune requête pour garde provisoire n'a été analysée, car seule une infime portion des procédures judiciaires signifiées au Curateur public du Québec, soit dix requêtes, visait ce type de garde pendant la période de référence.

Introduction

En matière de santé mentale, le siècle dernier a vu les valeurs, attitudes et mentalités de la société québécoise subir d'importants changements. L'internement civil d'une personne, afin d'assurer sa propre protection et celle des autres individus, contre elle, est l'un des aspects du domaine de la santé mentale où cette évolution s'est le plus fortement ressentie.

Au milieu du XIX^e siècle, l'approche favorisée par la société à l'endroit des personnes présentant un problème de santé mentale, qu'on qualifie alors de folie, est dite de «protection défensive». Dès que celles-ci sont dans une situation ou présentent des comportements pouvant être jugés dangereux pour d'autres, elles sont couramment exclues du fonctionnement normal de la société par un médecin pouvant décréter leur internement dans un asile. C'est l'*Acte pour autoriser la réclusion des personnes aliénées dans le cas où leur mise en liberté pourrait offrir des dangers pour le public*¹ qui, en 1851, introduit expressément dans le droit les concepts de dangerosité et d'internement par un médecin.

L'approche de protection défensive survit seule, au Québec, pendant plus de cent ans. Jusqu'au début des années 1970, les modifications législatives reflètent d'ailleurs ce désir d'assurer la sécurité de la personne et de son entourage par la voie de l'exclusion. En ce sens, la *Loi concernant les asiles d'aliénés*, adoptée en 1925, franchit une autre étape en permettant qu'un internement soit décrété à vie². On parle alors d'internement définitif.

Les années 1960 se caractérisent par la «révolution tranquille» qui, de manière générale, sera le reflet de l'évolution de la société québécoise. La santé mentale ne fait pas figure d'exception à ce bouleversement. En cette matière, des commissions d'enquête sont créées et leurs rapports sont à l'origine de

1. *Acte pour autoriser la réclusion des personnes aliénées dans le cas où leur mise en liberté pourrait offrir des dangers pour le public*, 1851 (R.-U.), 14 & 15 Vict., c. 83.
2. *Loi concernant les asiles d'aliénés*, S.R.Q. 1925, c. 190, art. 49.

changements importants dans la pratique de la psychiatrie³. La société québécoise substitue le concept de maladie mentale à la notion de folie, alors que l'exclusion dans un asile est remplacée par le traitement en centre hospitalier. Au début des années 1970, la désinstitutionnalisation fait alors son apparition et le retour dans la communauté est préconisé.

L'entrée en vigueur, en 1972, de la *Loi sur la protection du malade mental*⁴ s'inscrit dans la foulée des travaux des commissions d'enquête. Par cette loi, une refonte complète des textes législatifs concernant l'internement dans un contexte de santé mentale, alors en vigueur, est effectuée. Si l'approche traditionnelle de protection y survit (l'exclusion sociale d'une personne dangereuse s'y retrouvant), une nouvelle approche reconnaissant les droits de la personne atteinte de maladie mentale émerge.

Au cours des décennies subséquentes, le désir d'assurer une plus grande protection aux libertés et droits individuels se concrétise davantage. En ce sens, le Québec se dote, en 1975, d'une *Charte des droits et libertés de la personne*⁵, alors qu'en 1982, c'est au tour du Canada de se doter de sa *Charte canadienne des droits et libertés*⁶. Par l'instauration de ces deux Chartes, les droits de chacun à la liberté⁷, à l'intégrité⁸, à la sûreté⁹ et à la sécurité¹⁰ de sa personne sont érigés au statut de principes fondamentaux.

-
3. D. Bédard, D. Lazure et C.A. Roberts, *Rapport de la Commission d'étude des hôpitaux psychiatriques au ministre de la Santé de la province de Québec*, Québec, 1962; COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SANTÉ ET LE BIEN-ÊTRE SOCIAL, *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1967-1972. À noter que cette dernière Commission est également connue sous le nom de ses présidents successifs, soit la Commission Castonguay-Nepveu.
 4. L.R.Q., c. P-41 (ci-après *LPMM*).
 5. L.R.Q., c. C-12 (ci-après *Charte québécoise*).
 6. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après *Charte canadienne*].
 7. Voir *Charte canadienne des droits et libertés*, *ibid.*, art. 7; *Charte québécoise*, art. 1 et 24.
 8. *Charte québécoise*, art. 1.
 9. *Ibid.*
 10. *Charte canadienne*, art. 7.

Également, le 1er janvier 1994, le *Code civil du Québec*¹¹ entre en vigueur, reflétant les nouvelles valeurs de la société québécoise et ayant pour but une plus grande protection de ces droits individuels. Tout particulièrement, la primauté de la personne humaine est davantage mise en lumière, au livre concernant les personnes, qu'elle ne l'était dans le *Code civil du Bas Canada*. En complément de la Charte québécoise, le nouveau Code circonscrit la portée des droits fondamentaux qui sont du domaine privé et qui sont intimement liés à la personnalité de l'être humain.

L'exclusion du fonctionnement normal de la société étant une exception importante, notamment au droit fondamental à la liberté de sa personne, l'adoption du nouveau Code devient l'occasion de l'intégration de plusieurs principes relatifs à la protection du malade mental dans un contexte d'internement. Cette intégration se réalise par la création d'une section consacrée à la garde en établissement et à l'examen psychiatrique au chapitre de l'intégrité de la personne humaine.

Par cette intégration, le souhait avoué est de limiter l'occurrence de cette exception par des balises plus restrictives que celles jusqu'alors utilisées, et de s'assurer qu'une personne ne pourra être privée de sa liberté sans une décision du tribunal prise après consultation d'experts et audition de la personne concernée¹². La notion de garde en établissement apparaissant ainsi au C.c.Q. reflète cette exclusion du fonctionnement normal de la société. Elle est assimilable à l'internement civil de la personne qui en fait l'objet.

Dans la foulée de ces modifications apportées au droit civil québécois, le législateur déplace également l'essentiel des éléments procéduraux contenus jusqu'en 1994 dans la LPMM vers le *Code de procédure civile*¹³.

L'évolution de la société québécoise envers la protection de l'ensemble de ses valeurs et de ses droits, dont ceux des personnes atteintes de maladie mentale dans un contexte d'internement, s'étant poursuivie depuis l'adoption de

11. L.Q. 1991, c. 64 (ci-après C.c.Q.).

12. MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec, un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 11.

13. L.R.Q., c. C-25 (ci-après C.p.c.).

la LPMM, celle-ci a rapidement été remise en question. Les difficultés d'application dues à la coexistence des dispositions de cette loi et de celles qui sont intégrées au C.c.Q. et au C.p.c. sont l'occasion de critiques renouvelées. Une certaine jurisprudence¹⁴ y reconnaît même l'existence de deux régimes civils distincts régissant ces personnes, position soutenue par l'honorable François Godbout, alors juge en chef associé de la Cour du Québec¹⁵. Les Québécois doivent malgré ceci attendre la fin des années 1990 pour que la LPMM soit réexaminée en profondeur¹⁶ et remplacée par la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*¹⁷. Cette dernière entre en vigueur le 1er juin 1998¹⁸.

Bien qu'elle ne constitue pas une véritable réforme du droit en vigueur, la LPPÉM, par son adoption, a permis une uniformisation du droit québécois en matière d'internement civil d'une personne dans un établissement de santé ou de services sociaux. Cet internement civil, ou garde en établissement, est depuis lors régi par un seul cadre juridique exposé essentiellement dans trois sources législatives, soit le C.c.Q., la LPPÉM et le C.p.c.

La LPPÉM, tout comme la LPMM qu'elle remplace, ne vise pas à traiter tous les aspects de la santé mentale au Québec¹⁹. Entrée en vigueur après plusieurs années de réflexion et de consultations, cette nouvelle loi vient traduire «une certaine vision que la société, à travers le législateur, souhaite refléter dans

14. Voir par ex. *Dumais c. Plamondon* (11 janvier 1994), Québec 200-40-000004-947, (C.Q.) juge Gagnon; *Protection du malade mental - I*, [1994] C.A.S. 257.

15. C. Bisson, «Le Code civil du Québec et les droits de la clientèle psychiatrique» [1994] *Bulletin de la Société de médecine et de droit du Québec* 1.

16. La Commission permanente des affaires sociales reçut trente-cinq mémoires et rencontra vingt-sept associations et groupes différents avant de procéder à l'étude détaillée du Projet de loi 39, qui devint la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, auquel près de cinquante amendements furent apportés afin de tenir compte des consultations.

17. L.R.Q., c. P-38.001 (ci-après *LPPÉM*).

18. Décret d'entrée en vigueur, (1998) 20 G.O. II, 2481.

19. J.-P. Ménard, «Les grands principes de la nouvelle Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 1 à la p. 4.

228 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

l'intervention et le traitement des personnes ayant des problèmes de santé mentale»²⁰.

Un aspect de cette vision, que révèle un examen sommaire des écrits ponctuant les différentes étapes du processus législatif²¹, est d'assurer une plus grande protection des droits de la personne qui n'a pas l'utilisation complète et autonome de tous ses moyens et de toutes ses facultés, celle-ci devant demeurer fondamentalement inviolable, intègre et libre en accord avec la Charte canadienne et la Charte québécoise. La LPPÉM cherche à établir un équilibre entre la sécurité et la sûreté de l'ensemble des individus constituant la société et la protection des libertés et droits fondamentaux de la personne présentant un problème de santé mentale.

Dans un texte qu'elle rédigeait en 1991 à la suite d'une longue analyse portant sur l'évaluation psychiatrique de la dangerosité, Marie Trousdel est d'avis que la LPMM, par ses critères, serait considérée comme constitutionnelle, en application de l'article 1 de la Charte canadienne et de l'article 9.1 de la Charte québécoise, advenant une contestation, qui n'a pas eu lieu, devant les tribunaux. Marie Trousdel concluait en ces termes :

A similar conclusion could be reached in an assessment of the M.P.P.A. Section 11 of the M.P.P.A. is designed to achieve an objective of sufficient importance that warrants overriding a constitutionally protected freedom. In addition, the means chosen by Parliament are rationally connected to the objective, impair the freedom as little as possible, and are in proportion to the objective.

20. *Ibid.*

21. Voir notamment MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Projet de loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale : partie accessible au public*, mémoire au Conseil des ministres, Gouvernement du Québec, 1996; Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, «Consultations particulières sur le projet de loi n° 39 - Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives (1)» dans *Journal des débats : Commissions parlementaires* (18 février 1997); Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (12 juin 1997) aux pp. 7628-7639; Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (16 décembre 1997) aux pp. 9533-9540; Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (17 décembre 1997) aux pp. 9607-9615.

Therefore, it seems that s. 11 of the M.P.P.A. is a limit that is reasonable and demonstrably justified.²²

Tout comme la LPMM, la LPPÉM résisterait sans doute à l'examen. Depuis l'adoption de la LPPÉM, il est d'autant plus reconnu que le processus maintenant en place, afin d'assurer la sécurité de tous, est conforme aux Chartes canadienne et québécoise²³. Ainsi, bien que la LPPÉM apporte certaines restrictions aux libertés et droits fondamentaux de la personne présentant un problème de santé mentale, celles-ci seraient justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique et les limites en place ne seraient pas contraires au respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général.

Si la conformité des dispositions de la LPPÉM aux Chartes n'est pas, de prime abord, contestée, l'atteinte directe à des droits fondamentaux en exige une interprétation restrictive. «Cela signifie que les tribunaux en apprécient la procédure rigoureusement, que celle-ci doit être strictement respectée, et que les dispositions de la loi concernant la privation de liberté et les mesures qui en découlent ne peuvent être interprétées largement ou libéralement»²⁴.

La LPPÉM cherche à atteindre l'objectif de sécurité de tous, lorsqu'une personne présente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental. La dangerosité de cette personne et le lien direct à établir avec son état mental, notion ayant remplacé la maladie mentale, constituent donc les deux conditions essentielles à la mise en oeuvre de la LPPÉM. La définition donnée à ces deux notions, ainsi que leur utilisation et leur interprétation se doivent d'être les plus précises possible afin de justifier la privation de liberté qui en résultera. Cet aspect sera traité dans une première partie.

-
22. M. Trousdell, *The psychiatric evaluation of dangerousness : individual vs collective rights*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 1991 à la p. 119. Nous nous en remettons à l'étude de Mme Trousdell et ne développerons pas davantage cet aspect.
23. Voir J.-P. Ménard, «La Charte des droits et libertés de la personne : pour les malades?», Colloque Les 25 ans de la Charte québécoise, Montréal, 27 octobre 2000 [non publié - transcription disponible auprès du Service de la formation permanente du Barreau du Québec].
24. J.-P. Ménard, *supra* note 19 à la p. 7.

Bien que cette notion de danger d'une personne pour elle-même ou pour autrui et celle d'état mental soient toutes deux issues du domaine médical, elles sont balisées législativement et utilisées judiciairement. Il en résulte une évaluation d'abord essentiellement psychiatrique et, dans la plupart des cas, ce que nous qualifierons d'«évaluation juridique».

La définition de ces deux notions et l'utilisation qui en est faite se doivent d'être les plus précises possible, puisqu'une atteinte importante aux droits fondamentaux de la personne visée en résulte²⁷.

A. La qualité variable de la preuve médicale

La preuve de la dangerosité qu'une personne présente, pour elle-même ou pour autrui, en raison de son état mental, est issue essentiellement du domaine médical. Bien qu'elle soit balisée législativement, elle semble bien peu étoffée lorsque le tribunal doit y être sensibilisé. En raison du rôle crucial joué par cette preuve, le premier volet de notre analyse y est consacré.

1. Des critères d'évaluation imprécis

Les notions de «dangerosité» et d'«état mental» n'ont jamais, en droit québécois, été définies législativement. À ce sujet, les lois québécoises, que ce soit l'ancienne LPMM, la nouvelle LPPÉM ou toute autre loi traitant de la santé mentale, se distinguent des lois similaires adoptées par d'autres provinces canadiennes, dont celle du Manitoba²⁸.

Que ces notions de «dangerosité» et d'«état mental», ou des notions similaires, aient été l'objet de définition ou non dans une loi provinciale, les tribunaux canadiens ont, à ce jour, jugé cette combinaison acceptable afin de soumettre une personne à un internement civil²⁹. Il est fort probable que ces deux notions, malgré leur caractère peu défini en droit québécois, seraient

27. *Charte canadienne*, art. 7 et 9; *Charte québécoise*, art. 1 et 24.

28. Voir par ex. *Loi sur la santé mentale*, L.M. 1998, c. 36; C.P.L.M. c. M110, art. 1 et 17.

29. Voir notamment *Bobbie v. Health Sciences Centre*, *supra* note 25 aux pp. 157-158; *McCorkell c. Director of Riverview Hospital Review Panel*, *supra* note 25 à la p. 391; *Re Azhar and Anderson*, *supra* note 25 à la p. 521.

232 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

également jugées acceptables advenant une contestation de leur validité aux plans constitutionnel ou quasi-constitutionnel.

Selon le Dr Paul-André Lafleur, psychiatre dont l'écrit semble devenir une référence pour ses collègues³⁰, le législateur québécois, en ne circonscrivant pas les deux conditions essentielles et en s'en remettant indirectement aux critères du domaine médical, a fait le bon choix. Il s'exprime ainsi :

Quelles sont donc ces «personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui»? Avec raison, la nouvelle «loi de la protection des personnes atteintes de maladie mentale» se garde bien d'entrer dans des considérations cliniques complexes qui ne sauraient être circonscrites par un tel texte.³¹

En ce qui concerne la première condition, soit le danger pour soi-même ou pour autrui, Me Jean-Pierre Ménard rappelle ainsi sa brève évolution :

On parlera dorénavant, soit de la dangerosité, soit de la dangerosité grave et immédiate. Auparavant, le Code civil du Québec parlait de danger imminent alors que la *Loi sur la protection du malade mental* parlait de danger grave et immédiat. Le législateur ne parlant jamais pour rien dire, il était légitime de penser qu'il ne s'agissait pas de la même dangerosité. Maintenant, il n'y a plus de doute. La dangerosité du Code civil est identique à celle de la nouvelle loi.³²

En effet, le droit québécois, maintenant plus uniforme en cette matière, fait état de deux niveaux de dangerosité, lesquels auront un impact dans le cadre

30. Voir par ex. *J. D. c. Centre hospitalier Robert-Giffard* [16 octobre 2000], T.A.Q. (Section des affaires sociales), n° SAS-Q-067477-0009, Me Lafleur, Dr Hélie et Mme Maltais, par. 63-65; AZ-50082633.

31. P.-A. Lafleur, «Le patient psychiatrique dangereux : définition, description, évaluation» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 21 à la p. 21.

32. J.-P. Ménard, *supra* note 19 à la p. 6.

de l'un ou l'autre des types de garde en établissement³³. Il s'agit du danger «ordinaire» et du danger grave et immédiat.

Le premier niveau de dangerosité, le danger «ordinaire», est utilisé directement aux articles 27 et 29 C.c.Q., et se répercute, indirectement, sur plusieurs dispositions de la LPPÉM. On y réfère essentiellement dans le cadre d'une garde provisoire³⁴ ou d'une garde «régulière»³⁵. Le second niveau, visiblement plus sérieux que le premier, est utilisé aux articles 7 et 8 LPPÉM, en complément de l'article 27 C.c.Q. Ce second niveau de danger se rattache principalement à la mise sous garde préventive³⁶.

En ce qui concerne la seconde condition essentielle, soit un état mental à la base de la dangerosité, la LPPÉM peut sembler également source de changement. En y regardant de plus près, ceci n'est toutefois pas le cas.

Bien que l'intitulé de la loi ait été modifié, passant de la «protection du malade mental» à la «protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui», nous croyons que l'objet de la loi demeure essentiellement le même.

À la lecture des discussions de la Commission permanente des affaires sociales relativement à la LPPÉM, il appert que ce changement résulte de la

33. Trois types de garde en établissement peuvent être imposés lorsqu'une personne, dont l'état mental présente un danger pour elle-même ou pour autrui, refuse de demeurer à l'établissement. Il s'agit de la garde préventive, de la garde provisoire (ou garde en vue d'une évaluation psychiatrique) et de la garde (ou garde à la suite d'une évaluation psychiatrique ou garde «régulière»).

34. La garde provisoire n'a lieu que sur ordonnance du tribunal et a pour objectif de faire subir à la personne une évaluation psychiatrique. Dans la jurisprudence et la doctrine, elle est d'ailleurs également nommée «garde en vue d'une évaluation psychiatrique». Pour les fins de ce texte, seul le vocable de «garde provisoire» sera utilisé.

35. La garde est ordonnée par le tribunal lorsque deux rapports d'examen psychiatrique concluent à sa nécessité. Dans la jurisprudence et la doctrine, elle est d'ailleurs également nommée «garde à la suite d'une évaluation psychiatrique», ainsi que garde «régulière». Pour les fins de ce texte, cette dernière appellation sera utilisée.

36. La garde préventive est le seul type de garde qui survient en l'absence d'un quelconque consentement ou d'une autorisation du tribunal. Un médecin peut l'imposer pour une courte période, sans qu'un examen psychiatrique ait été effectué.

234 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

recommandation des divers intervenants consultés. Entre autres, la recommandation du Barreau du Québec est citée à quelques reprises. Elle se lit ainsi :

Le comité du Barreau estime inapproprié l'intitulé de la loi puisqu'il établit déjà le diagnostic de la maladie mentale alors que le champ d'application tel que décrit à l'article 1 ne vise pas nécessairement et de façon exclusive la maladie mentale. En effet, une personne pourrait ne pas être atteinte de maladie mentale et présenter néanmoins des problèmes de santé mentale tels qu'elle tomberait sous l'application de la loi. [...]

Le Barreau du Québec est donc d'avis que l'intitulé de la loi devrait davantage refléter le champ d'application de cette loi tel que décrit à l'article 1 et contenir les deux éléments-clés que sont le trouble mental et la dangerosité.³⁷

La recommandation du Curateur public du Québec, présentée par Mme Juliette P. Bailly, alors curatrice publique, allait également en ce sens :

L'utilisation de l'expression «maladie mentale» fait référence à des désordres de caractère psychiatrique. D'autres maladies d'origine organique peuvent également entraîner des troubles mentaux. Compte tenu du fait que la loi s'appliquera à toutes les personnes dont la maladie se traduit par des troubles mentaux, n'aurait-il pas été judicieux de privilégier l'expression «trouble mental»? C'est d'ailleurs l'expression employée par l'Association américaine de psychiatrie dans son manuel *Manuel diagnostique et statistiques des troubles mentaux*.³⁸

37. *Mémoire du Barreau du Québec sur la Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives*, Service de recherche et de législation, Barreau du Québec, Montréal, 1997 à la p. 12.

38. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, *supra* note 21 à la p. 62.

En accord avec ces intervenants, nous croyons que le nouvel intitulé est un reflet plus précis et réel du champ d'application de la loi qui n'est pas limité à la maladie mentale.

Il sera constaté que toute évaluation de la dangerosité d'une personne est réalisée simultanément avec cette notion d'état mental. En effet, au sens de la LPPÉM, il n'est pas souhaitable d'évaluer l'une sans l'autre.

Apprécier la dangerosité d'une personne **en raison de l'état mental** suppose un processus complexe reposant sur un ensemble de facteurs qui interagissent et qui doivent être considérés dans leur ensemble.³⁹

Puisque, comme le soulignait Me Jean-Pierre Ménard, le législateur ne parle jamais pour ne rien dire, le danger grave et immédiat n'est qu'une variante du danger «ordinaire». Il semble donc pertinent de se pencher tout d'abord sur ce qu'est ce premier danger, en raison de l'état mental, et qui se doit de l'évaluer.

Le premier niveau de dangerosité, celui qui est identifié simplement comme «danger», mais auquel nous référons par le vocable danger «ordinaire», doit être constaté dans le cadre d'une évaluation médicale qui sera composée de deux examens psychiatriques et effectuée par des psychiatres, sauf impossibilité⁴⁰. En effet, lorsqu'il est impossible d'obtenir les services d'un psychiatre en temps utile, l'examen peut être effectué par tout autre médecin⁴¹. Il s'agit donc, comme le mentionnait le Dr Lafleur, d'une donnée essentiellement clinique.

Dans un article écrit pour un colloque organisé par le Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Paul-André Lafleur sépare l'évaluation de la personne dont l'état mental présente un danger pour elle-même ou pour autrui en quatre thèmes : selon le type de pathologie, selon l'état ponctuel du patient, selon les circonstances et l'environnement et selon l'histoire

39. J. D. c. *Centre hospitalier Robert-Giffard*, *supra* note 30, par. 69.

40. LPPÉM, art. 2.

41. L'impossibilité doit être interprétée restrictivement; voir *Lirette c. M. (C.)*, [1997] R.J.Q. 1794 à la p. 1797 (C.Q.).

antérieure⁴². Seul le premier de ces quatre thèmes pose, à notre avis, des difficultés d'interprétation. Voyons-le donc plus en détail.

Au sujet de ce premier thème, l'évaluation selon le type de pathologie, le Dr Lafleur révèle qu'«il s'agit d'un processus d'autant plus complexe qu'il repose sur un ensemble de facteurs qui interagissent et sont à considérer dans leur ensemble»⁴³. Le Dr Lafleur répartit les pathologies en cinq catégories.

Tout d'abord, la personne évaluée peut souffrir d'une pathologie organique, ce qui décrit, en simplifiant, tant les déficiences du cerveau (l'anoxie cérébrale, la démence, le syndrome frontal) que la consommation de substances toxiques. Selon le Dr Lafleur, les déficiences du cerveau peuvent rendre les personnes qui en souffrent victimes de leur entourage. Ce n'est habituellement que de manière anodine et impulsive qu'elles deviendront violentes. La consommation de substances toxiques, par contre, serait prouvée comme étant un «facteur crucial au niveau de la violence psychiatrique»⁴⁴.

Deuxièmement, la personne évaluée peut souffrir d'une pathologie psychotique dont les formes les plus fréquentes sont la schizophrénie et le trouble délirant.

Ce sont là les maladies qui entraînent une perte de contact avec la réalité et qui se caractérisent surtout par l'un ou plusieurs des trois éléments suivants : 1) les délires qui sont des idées fausses et non partagées par l'entourage et dont la personne atteinte est inébranlablement convaincue; 2) les hallucinations qui sont de fausses perceptions, le plus souvent auditives ou visuelles, qui s'offrent avec toutes les apparences de la réalité à la personne qui les subit; 3) la désorganisation de la pensée, des émotions ou du comportement, un chaos inextricable qui occupe l'esprit du patient et rend difficile la communication avec lui.

42. P.-A. Lafleur, *supra* note 31 à la p. 21.

43. *Ibid.* à la p. 22.

44. *Ibid.* à la p. 23.

En ce qui concerne la violence envers soi-même ou autrui, on croit savoir aujourd'hui qu'il y a une corrélation entre l'importance des symptômes et le risque de passages à l'acte. Plus un individu est désorganisé, halluciné et délirant, plus la probabilité qu'il devienne violent est élevée.⁴⁵

La troisième catégorie identifiée englobe les maladies affectives, dont la dépression majeure et le trouble bipolaire. Ce type de pathologie dérègle la sphère émotive et perturbe l'humeur des personnes qui en sont affectées. À l'exception de la dépression majeure qui peut résulter en violence pour autrui (suicide élargi ou meurtre altruiste), c'est un risque suicidaire élevé qui est habituellement identifié.⁴⁶

La quatrième catégorie présentée par le Dr Lafleur englobe les autres pathologies aiguës, dont les troubles dissociatifs, qui se caractérisent surtout par une amnésie et une altération de la personnalité momentanées, ainsi que les troubles d'adaptation avec perturbation des conduites. Celles-ci sont peu fréquentes et expliquent rarement, seules, la dangerosité d'une personne⁴⁷.

Les troubles de la personnalité constituent la cinquième catégorie identifiée. Ceux-ci se caractérisent par une accentuation excessive de certains traits de caractères courants. Il semble que ce sont principalement les personnalités caractérisées par l'impulsivité et la rage, les antisociaux, les «borderline» et les narcissiques qui seront le plus souvent dangereux⁴⁸.

Si chacune de ces catégories se retrouvait, seule, chez l'individu évalué, il semble qu'il serait plutôt facile de l'identifier et de prédire la dangerosité. «La dangerosité peut être plus grande et l'évaluation est certainement plus difficile lorsque s'entremêlent des pathologies»⁴⁹. Cette seconde situation semble malheureusement prédominer, entraînant son lot d'incertitudes et d'imprécisions.

45. *Ibid.* aux pp. 23-24.

46. *Ibid.* aux pp. 24-25.

47. *Ibid.* aux pp. 25-26.

48. *Ibid.* à la p. 26.

49. *Ibid.*

L'état de la personne au moment de l'entrevue, les circonstances économiques, judiciaires et autres qui l'affectent et les antécédents de comportements violents sont tous des éléments qui se greffent à l'évaluation du type de pathologie afin de permettre au psychiatre de conclure à la dangerosité pour la personne elle-même ou pour autrui, en raison de l'état mental. Une évaluation psychiatrique et fiable, selon le Dr Lafleur, doit donc tenir compte non seulement du type de pathologie, mais également des trois autres thèmes identifiés⁵⁰.

Bien que la dangerosité soit habituellement établie afin de prévenir certaines actions d'une personne, elle peut également résulter d'une omission de sa part. C'est ce que confirme la jurisprudence à quelques reprises.

Il ressort clairement du témoignage de l'intimée qu'elle ne consent pas du tout à prendre la médication prescrite par les psychiatres. En l'espèce, les deux experts psychiatres ont conclu à la dangerosité de l'intimée pour elle-même et pour autrui en raison de ses hallucinations, de son délire, de son absence d'autocritique et de son refus de traitement. Il ne serait pas indiqué pour le Tribunal d'écarter cette preuve qui n'a pas été contredite par un témoignage valable.⁵¹

Compte tenu de tout ce qui précède, nous sommes convaincus que si la requérante ne pose pas, activement, de gestes mettant sa vie ou sa sécurité en danger, son omission involontaire de poser les gestes absolument essentiels pour se maintenir en vie donnerait les mêmes résultats.⁵²

Le danger pour soi-même n'est pas uniquement relié à la mutilation ou la possibilité de suicide. Une personne peut présenter un danger pour elle-même si elle sombre dans une maladie mentale sans prendre les moyens pour se traiter ou se

50. *Ibid.* à la p. 27.

51. *C.H.A.L. c. T.I.B.*, [2001] J.E. 2001-653 à la p. 5 (C.Q.).

52. *Affaires sociales - 406* (18 janvier 2000), T.A.Q. (Section des affaires sociales), n° SAS-Q-057825-9912, Me Leblanc, Dr Labrie et Mme Maltais, par. 14; AZ-50069782.

faire traiter, ce qui est le cas en l'espèce. En conséquence, le Tribunal conclut que la partie intimée présente un état de dangerosité pour elle-même.⁵³

L'approche de la dangerosité proposée par le Dr Lafleur a été reprise récemment dans l'affaire *J. D. c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, à la proposition du médecin traitant de la personne visée.

Le Dr Bouchard [...] nous propose, pour apprécier la dangerosité de la requérante, une référence à l'article du Dr Paul-André Lafleur, psychiatre, lequel peut servir de guide, nous dit-il.

Le Dr Lafleur, dans cet article, positionne bien, à notre point de vue, la notion de dangerosité telle que nous devons l'apprécier en application de la LPP, en intitulant son texte : «Le patient psychiatrique dangereux : définition, description, évaluation».⁵⁴

L'approche du second médecin dans cette affaire, bien que se distinguant de celle proposée par le Dr Lafleur, s'effectue en quatre éléments plutôt semblables.

Il préconise quatre (4) éléments à évaluer, pour apprécier la dangerosité d'une personne : le diagnostic médical, l'examen mental, les renseignements obtenus de tiers et les antécédents psychiatriques et criminels.⁵⁵

Ainsi, même s'il n'est pas exactement repris par tous, le processus d'évaluation psychiatrique proposé par le Dr Paul-André Lafleur reflète, dans l'ensemble, les critères actuellement utilisés par le monde médical, critères qui, rappelons-le, ne pallient pas à toutes les incertitudes.

Plusieurs études empiriques ont montré qu'il n'y avait pas de critère objectif permettant de prédire la dangerosité. En dépit de cette lacune,

53. *Laplante c. N. L.* (17 septembre 1998), Montréal 500-40-004959-982, juge Charette aux pp. 2-3.

54. *J. D. c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, *supra* note 30, par. 63-65.

55. *Ibid.*, par. 62.

240 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

le lien supposé entre état mental et dangerosité n'en continue pas moins d'être le critère de détermination de la décision de mise en cure fermée d'un individu et, lorsque cette cure est contestée, de la décision d'en reconduire le cours.⁵⁶

Les critères actuellement utilisés pour établir l'évaluation psychiatrique du danger ayant été identifiés, une distinction s'impose pour tenir compte du second niveau de dangerosité.

Contrairement à l'évaluation psychiatrique qui doit nécessairement relever des psychiatres ou, exceptionnellement, d'autres médecins, le danger grave et immédiat peut être constaté, non seulement par tout médecin, mais également par un intervenant d'un service d'aide en situation de crise ou par un agent de la paix, selon les circonstances. Il s'agirait donc d'une donnée clinique dont le milieu médical n'est pas le seul évaluateur.

Pour l'intervenant d'un service d'aide en situation de crise, ou pour un agent de la paix, l'estimation de la dangerosité grave et immédiate est prévue à l'article 8 LPPÉM. Dans la majorité des régions du Québec, dont la région de Montréal, cet intervenant n'a pas encore été désigné en conformité avec la LPPÉM. Il serait donc inapproprié, dans le cadre du présent texte, de spéculer sur le processus qui sera utilisé pour estimer le danger grave et immédiat. Nous croyons toutefois que son estimation sera vraisemblablement mitoyenne, en raison de l'expertise particulière de cet intervenant, se situant entre celle du médecin et celle, plus sommaire, de l'agent de la paix.

Dans le cas où le policier ne bénéficie pas de l'opinion d'autres intervenants, celui-ci devra évaluer la situation de son propre chef en se basant sur l'observation des comportements de l'individu qui pourraient être révélateurs de danger [...].⁵⁷

56. M. Clément, *Maladie mentale et exclusion : Étude des décisions de révision de cure fermée de la Commission des affaires sociales*, thèse de doctorat, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998 à la p. 224.

57. DIVISION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU SERVICE DE POLICE DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, «L'intervention policière auprès d'une personne présentant un danger pour elle-même ou autrui : partie I», (2001) 38 *Le conseiller juridique* 1 à la p. 5.

Lorsqu'aucun intervenant d'un service d'aide en situation de crise n'est disponible, en temps utile, pour évaluer la situation, il est prévu que, à la demande de certaines personnes spécifiquement identifiées⁵⁸, habituellement un proche de la personne, un agent de la paix doit procéder, de lui-même, à l'évaluation. S'il a des motifs sérieux de croire que l'état mental d'une personne présente un danger grave et immédiat pour elle-même ou pour autrui, il peut amener cette personne, contre son gré, auprès d'un établissement de santé ou de services sociaux identifié. L'agent de la paix dispose alors d'un pouvoir décisionnel dans l'évaluation de la situation qu'il n'a pas lorsqu'un intervenant d'un service d'aide en situation de crise est disponible.

La Division des affaires juridiques du Service de police de la Communauté urbaine de Montréal a, très récemment, publié des lignes directrices dans le but de faciliter le travail des agents de la paix relativement à l'évaluation d'une personne dont l'état mental présenterait un danger pour elle-même ou pour autrui.

Malheureusement, la loi ne définit pas la notion de «danger grave et immédiat» qui est au coeur même de l'intervention policière. Un examen des termes utilisés dans la loi permet tout de même de dégager les critères suivants :

- le danger doit être grave, c'est-à-dire sérieux, important et comporter des risques réels de préjudice;
- le danger doit être immédiat, c'est-à-dire direct et rapproché dans le temps. Il ne doit pas être une simple possibilité que la personne devienne éventuellement dangereuse ou nécessite des soins. Dans ces cas, comme nous l'avons déjà vu, le policier devra plutôt recommander à la famille d'obtenir une ordonnance auprès de la Cour du Québec.

58. L'article 8 *LPPÉM* énumère les personnes pouvant faire une demande d'amener à l'agent de la paix. Il s'agit du titulaire de l'autorité parentale, du tuteur au mineur, du mandataire dont le mandat est homologué, du tuteur ou du curateur au majeur, du conjoint, d'un proche parent ou d'une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier. À noter que l'article 8 *LPPÉM* réfère à l'article 15 C.c.Q.

242 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

Quant aux comportements d'un individu qui sont révélateurs d'un danger, on peut retenir les suivants en examinant la jurisprudence que la Commission des affaires sociales avait élaborée sous l'ancienne *Loi sur la protection du malade mental* :

[...]

L'impossibilité de calmer ou de raisonner une personne, le fait qu'elle se sente continuellement menacée ou soit délirante ou confuse seront aussi des comportements qui pourront guider le policier dans sa prise de décision.⁵⁹

Peut-être inconfortables avec des données pour la plupart cliniques, nous avons constaté que les agents de la paix sont, dans l'ensemble, réticents à procéder directement à ce type d'évaluation, préférant intervenir à la suite d'un jugement du tribunal. Le fait que cette évaluation mène à une privation très temporaire de la liberté d'une personne (une nouvelle évaluation devant être réalisée par tout médecin à l'établissement) ne semble pas suffisamment rassurante.

Cependant, cette privation temporaire de liberté, par ailleurs très limitée dans le temps, pourrait se justifier si l'on considère que cette mesure ne pourrait être utilisée que si le policier a des motifs raisonnables de croire, d'abord que la personne est atteinte d'une maladie mentale et ensuite qu'il y a urgence.⁶⁰

Peut-être, également, le risque de poursuite que l'on voit poindre dans le mémoire présenté avant même le dépôt du Projet de loi 39 explique-t-il ces réticences...

Par contre, ce type de mesure peut donner lieu à des erreurs d'appréciation de la part des policiers ou de la famille qui aura demandé le secours d'un agent de la paix. Toutefois, si on se fie à certaines études, les risques d'erreur ne sont pas trop grands, car dans

59. DIVISION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU SERVICE DE POLICE DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, *supra* note 57 à la p. 4.

60. MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *supra* note 21 à la p. 2.

la plupart des cas les proches d'une personne atteinte de maladie mentale savent reconnaître les symptômes des crises du malade nécessitant une hospitalisation. En plus, face aux craintes que l'on pourrait avoir à l'effet que certaines personnes abusent de ce pouvoir, il faut penser que dans ce cas, d'une part, le médecin qui examinera cette personne au CLSC ou à l'hôpital refusera de l'admettre s'il juge que son état ne le justifie pas et, d'autre part, que les règles générales de droit permettent un recours en indemnisation lorsqu'il y a abus de droit ou de pouvoir.⁶¹

En ce qui concerne l'évaluation de tout médecin, par opposition aux seuls psychiatres, il faut se référer aux articles 27 C.c.Q. et 7 LPPÉM. Il s'agit de celle devant être réalisée lorsque la personne est amenée auprès d'un établissement exploitant un centre local de services communautaires disposant des aménagements nécessaires ou un centre hospitalier. Il est alors permis au médecin, par ces articles, malgré l'absence de consentement, sans autorisation du tribunal et sans qu'un examen psychiatrique n'ait été effectué, de mettre une personne sous garde préventive s'il est d'avis que celle-ci présente un danger grave et immédiat pour elle-même ou pour autrui.

Selon Me Christine Baudouin et Me Magali Cournoyer-Proulx, la garde préventive est certainement celle qui déroge le plus au droit d'une personne à sa liberté et à son intégrité, puisqu'elle peut se faire sans même obtenir de consentement ou d'autorisation du tribunal et sans qu'un examen psychiatrique ait été effectué⁶². Les critères menant à cette évaluation se doivent donc d'être les plus précis possible.

Mis à part le texte de la Division des affaires juridiques du Service de police de la Communauté urbaine de Montréal, aucun texte de doctrine retracé ne vient définir l'aspect «grave et immédiat». Il semble donc approprié de se référer à la notion plus générale de danger «ordinaire», discutée précédemment, en y ajoutant un aspect de réelle urgence.

61. *Ibid.* à la p. 3.

62. C. Baudouin et M. Cournoyer-Proulx, *La garde en établissement : Guide d'application de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui* (1997, chapitre 75), Montréal, Association des hôpitaux du Québec, 1998 à la p. 12.

2. Le contenu des rapports d'examen psychiatrique, une preuve souvent trop succincte

Lorsqu'une personne est mise sous garde préventive auprès d'un établissement exploitant un centre hospitalier ou un centre local de services communautaires disposant des aménagements nécessaires, le C.c.Q. et la LPPÉM prévoient qu'elle ne peut y être maintenue que pour un court délai de rigueur, sans son consentement, sans autorisation du tribunal et sans qu'un examen psychiatrique ait été effectué⁶⁵. En effet, cette personne, si elle y consent, devra rapidement subir une évaluation psychiatrique pour que soit déterminé si elle présente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental et si cette situation justifie la fin ou la prolongation de son internement.

Lorsque la personne sous garde préventive s'objecte à subir cette évaluation psychiatrique, une ordonnance du tribunal devra être obtenue avant de l'y forcer. Le tribunal devra alors avoir des motifs sérieux de croire qu'elle présente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental. La personne sera placée sous garde provisoire, et ce, afin de subir ladite évaluation psychiatrique. Une telle ordonnance pour garde provisoire peut également être obtenue pour une personne qui ne se trouve pas en garde préventive, ne présentant pas un danger grave et immédiat.

Les notions de dangerosité et d'état mental, nous l'avons constaté, ne sont pas, en soi, circonscrites dans la LPPÉM. Il s'agit de notions dont la définition est laissée à l'évaluation du monde médical. Toutefois, il n'en est pas de même pour l'évaluation psychiatrique. En effet, la LPPÉM, plus que toute autre loi l'ayant précédée, s'efforce de baliser celle-ci en régissant le contenu des rapports des deux⁶⁶ examens psychiatriques la composant. Me Jean-Pierre Ménard s'exprime ainsi à ce sujet :

[...] La loi établit, sans les définir ou les distinguer, deux niveaux de dangerosité. Il y a la dangerosité que l'on pourrait qualifier de

65. Art. 26 et 27 C.c.Q.; LPPÉM, art. 6 et 7.

66. Ce sont les articles 28, 29 et 30 C.c.Q., lus conjointement, qui prévoient que l'évaluation psychiatrique doit être constituée de deux examens psychiatriques.

«régulière»et qui, lorsqu'elle est constatée par deux médecins à un degré suffisant, peut justifier une ordonnance de garde régulière.

La loi reconnaît un deuxième niveau de dangerosité, soit la dangerosité grave et immédiate, qui est manifestement plus sérieuse que la première. Celle-ci pourra justifier, le cas échéant, l'intervention d'un agent de la paix, moyennant certaines conditions qui seront davantage expliquées plus loin, et la mise en place de la garde préventive, selon des paramètres que nous discuterons plus loin.

Tel que susdit, la loi elle-même ne définit pas davantage le concept de dangerosité. Cependant, l'amélioration la plus importante visant à baliser cette notion qui fait parfois l'objet d'une interprétation trop large se retrouve dans la définition du contenu du rapport d'examen psychiatrique. Par des exigences plus élaborées, telles qu'elles sont exprimées à l'article 3 de la loi, il est manifeste que le législateur souhaite que les psychiatres accordent davantage d'attention à l'évaluation de cet aspect.

En pratique, il s'agit donc de rendre plus rigoureux l'examen clinique psychiatrique pour réduire la marge de subjectivité dans l'appréciation de la dangerosité.⁶⁷

Le contenu minimal des rapports d'examen psychiatrique est prévu en partie dans le C.c.Q. et en partie dans la LPPÉM.

Les rapports d'examen psychiatrique sont les pièces maîtresses pour l'obtention d'une ordonnance de garde en établissement. Ils doivent conclure à la nécessité d'une garde en établissement si l'état mental de la personne visée par le rapport présente un danger pour elle-même ou pour autrui.⁶⁸

67. J.-P. Ménard, *supra* note 19 aux pp. 10-11.

68. L. Sénécal, «Le cadre procédural : la requête pour garde en établissement et la requête pour évaluation psychiatrique» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 277 à la p. 292.

Au C.c.Q., c'est l'article 29 qui définit le contenu de chaque rapport d'examen psychiatrique, dont cette exigence de la nécessité. Cet article se lit comme suit :

29. Tout rapport d'examen psychiatrique doit porter, notamment, sur la nécessité d'une garde en établissement si la personne représente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental, sur l'aptitude de la personne qui a subi l'examen à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens et, le cas échéant, sur l'opportunité d'ouvrir à son égard un régime de protection du majeur.
[...].

Dans la LPPÉM, c'est par l'article 3 qu'est complétée la définition du contenu de chaque rapport d'examen psychiatrique. Cet article se lit comme suit :

3. Tout rapport d'examen psychiatrique doit être signé par le médecin qui a fait l'examen. Celui-ci doit y préciser notamment :

- 1^o qu'il a examiné lui-même la personne;
- 2^o la date de l'examen;
- 3^o son diagnostic, même provisoire, sur l'état mental de la personne;
- 4^o outre ce qui est prévu à l'article 29 du Code civil du Québec (Lois du Québec, 1991, chapitre 64), son opinion sur la gravité de son état mental et ses conséquences probables;
- 5^o les motifs et les faits sur lesquels il fonde son opinion et son diagnostic et, parmi les faits mentionnés, ceux qu'il a lui-même observés et ceux qui lui ont été communiqués par d'autres personnes.

Les rapports d'examen psychiatrique sont maintenant ainsi balisés afin de permettre au tribunal, lorsqu'ils lui sont présentés, d'être en mesure de juger de la nécessité d'une ordonnance pour garde «régulière». Dans le cadre de l'étude détaillée du Projet de loi 39, le ministre de la Santé et des Services sociaux, M. Jean Rochon, s'était exprimé ainsi concernant les nouvelles balises :

Je comprends la préoccupation de mettre des balises. Ça a été ça beaucoup, la discussion. Le paragraphe 6^o vient vraiment en mettre et

rajouter des grandes précisions. Quand on dit que le rapport va devoir établir sur quoi est basé le diagnostic, en termes de motifs et de faits, précisant ceux qui ont été directement observés par le médecin par rapport à ceux qui ont été mentionnés par d'autres personnes, le juge aura là tout le contenu d'un rapport pour juger s'il y a matière ou pas à porter une décision.[sic]⁶⁹

Considérant l'absence de définition législative des conditions essentielles à la mise en oeuvre de la LPPÉM et considérant que chaque rapport d'examen psychiatrique constitue l'élément de preuve principal devant le tribunal pour l'obtention d'une ordonnance de garde «régulière», la présence et surtout le respect des balises ainsi décrites deviennent primordiaux.

Parmi les cinquante requêtes pour garde «régulière» communiquées par le Curateur public du Québec aux fins de notre étude, soixante-quatorze rapports d'examen psychiatrique ont pu être analysés⁷⁰. Statistiquement, les résultats de cette analyse sont plutôt rassurants.

Dans chacun des rapports, le médecin ayant procédé à l'examen psychiatrique s'est prononcé sur la nécessité d'une garde «régulière» pour la personne visée, celle-ci représentant un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental. Évidemment, dans tous ces cas, le médecin a conclu favorablement à cette garde en établissement.

Dans une proportion pouvant varier de 77% à 95%, les motifs et les faits sur lesquels le médecin fonde son opinion et son diagnostic, la distinction entre

69. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, «Étude détaillée du projet de loi n° 39 - Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives (1)» dans *Journal des débats : de la Commission permanente des affaires sociales* (28 novembre 1997) aux pp. 13-14.

70. Tel que plus amplement expliqué dans l'avant-propos de ce texte, rappelons que le Curateur public du Québec, suite à l'autorisation de la Commission d'accès à l'information, a accepté de nous communiquer cinquante requêtes pour garde en établissement, ainsi que, notamment, les rapports d'examen psychiatrique accompagnant chacune de celles-ci. Ces requêtes lui ont été signifiées à titre de partie mise en cause. Parmi les cinquante requêtes soumises à notre analyse, treize n'étaient pas accompagnées de rapports d'examen psychiatrique lors de la signification au Curateur public du Québec. Il s'agit d'une problématique discutée dans la seconde partie de ce texte.

les faits directement observés et ceux communiqués par d'autres personnes, son opinion sur la gravité de l'état mental et les conséquences probables de celui-ci sont présentés.

À deux exceptions près, les médecins se sont prononcés relativement au diagnostic sur l'état mental de la personne examinée. Ce n'est toutefois que dans treize rapports que ce diagnostic est identifié comme étant final.

Hormis les exigences prévues à l'article 29 C.c.Q., plus précisément celles concernant l'aptitude de la personne qui a subi l'examen à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens et, le cas échéant, sur l'opportunité d'ouvrir à son égard un régime de protection du majeur, où près de la moitié des médecins ont omis de se prononcer, les balises instaurées à cet article et à l'article 3 LPPÉM semblent ainsi respectées.

Malheureusement, lors de notre analyse, nous avons constaté que les rapports d'examen psychiatrique sont généralement peu étoffés, rendant ardu un examen minutieux de la preuve relativement à la dangerosité et à l'état mental. Si les médecins se prononcent sur chacun des éléments exigés, ils le font, à notre avis, trop succinctement pour permettre au tribunal de juger d'une manière éclairée, sur la seule base de ces rapports, de la nécessité d'une garde en établissement.

Or, après discussions avec plusieurs avocats exerçant en matière de garde en établissement, nous constatons que, généralement, les tribunaux n'exigent pas le témoignage des psychiatres, se contentant du dépôt des rapports d'examen psychiatrique, et rendent jugement au moment de l'audition. D'ailleurs, tous les jugements analysés ont été rendus la journée même de la présentation.

Devant ces constats, il apparaît essentiel que les tribunaux soient vigilants. Une personne ne doit pas voir ses libertés et droits fondamentaux brimés sans une preuve détaillée et convaincante. Les tribunaux ont, dans leur pouvoir discrétionnaire, toute latitude pour exiger un contenu plus étoffé de la preuve présentée. Ils doivent exercer ce pouvoir discrétionnaire.

apparaît encore plus pertinente) et l'existence d'une ordonnance antérieure en matière d'internement civil⁷³.

Nous avons pu constater que ces renseignements ne sont pas exigés, ni par le C.c.Q., ni par la LPPÉM. Aussi, notre analyse révèle que, en conséquence, ils ne se retrouvent pas d'une manière systématique dans le rapport d'examen psychiatrique ni dans la requête que celui-ci appuie. Concernant la date de prise en charge à l'établissement, de même que concernant la date de mise sous garde préventive, ce n'est que dans un peu plus de la moitié des rapports, ou des requêtes, que ces informations sont transmises. Concernant la présence ou l'absence d'une garde en établissement antérieure (qu'il s'agisse d'une garde provisoire ou d'une garde «régulière»), ce renseignement n'apparaît que dans 42% des rapports ou requêtes analysés⁷⁴. Or, ces informations nous semblent nécessaires afin de pouvoir, du moins aujourd'hui, s'assurer du respect des divers délais⁷⁵.

À défaut pour le législateur d'avoir expressément prévu ces renseignements, les tribunaux devraient, dans tous les cas, les exiger. Toutefois, l'attitude actuelle des tribunaux relativement à leur pouvoir d'appréciation de la preuve n'est pas favorable à de telles exigences. Le législateur devrait donc, advenant un amendement à l'une ou l'autre des lois en cause, prévoir expressément ces exigences.

73. *Ibid.* à la p. 1796.

74. En avant-propos, il est mentionné que chaque requête pour garde «régulière» en établissement analysée était la première de ce type pour la partie intimée. Cette information nous a été transmise par le Curateur public du Québec pour les requêtes et rapports où cette information n'apparaissait pas.

75. Pour une discussion plus complète sur les délais, le lecteur doit se référer à la dernière partie de ce texte.

252 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

B. L'appréciation de cette preuve par les tribunaux

No definitions are provided in the M.P.P.A. to assist in the interpretation of the words «mental condition», «close treatment», «endanger» and «health security». They are words however, that have been interpreted and applied by the courts in the past. According to Lamer J., when the courts have been able to give meaning to a concept in a number of cases, this is an indication of «the existence of an ascertainable standard of conduct» [Ref. re ss. 193 and 195.1 (1) (c) of the Criminal Code, (1990) 56 C.C.C. (3d) 65 at 72].⁷⁶

L'apport du domaine médical en matière de garde en établissement est incontournable. Les conditions essentielles à la mise en oeuvre de la LPPÉM en sont toutes deux issues. Toutefois, comme le rappelle Marie Trousdell, les tribunaux ont également un rôle de premier plan à jouer par l'appréciation qu'ils font de la preuve, par l'interprétation des concepts qu'ils effectuent et par le développement de la jurisprudence qui en résulte. En cette matière, le rôle du tribunal est tout particulièrement important en raison de l'imprécision apparente des critères médicaux et du peu d'information retrouvée dans plusieurs des rapports effectués.

Toutefois, en dépit du caractère fondamental de la notion de dangerosité, elle n'est définie ni à la loi ni au code. C'est donc essentiellement par le développement de la jurisprudence que nous sommes à même de mieux en saisir le sens.⁷⁷

Les tribunaux appelés à se prononcer sur la preuve d'un état mental présentant un danger pour la personne même ou pour autrui sont, en première instance, la Cour du Québec ou, en cas d'urgence, un juge des cours municipales des villes de Montréal, Laval ou Québec, ayant compétence dans la localité où

76. M. Trousdell, *supra* note 22 à la p. 80.

77. A.-M. Veilleux et H. Allard, «Les recours et la représentation du patient psychiatrique selon la nouvelle Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1998, 147 à la p. 152.

se trouve cette personne⁷⁸. La Cour d'appel du Québec est le tribunal compétent pour entendre, de plein droit, tout appel en matière de garde en établissement⁷⁹. Finalement, parallèlement à la compétence de la Cour d'appel, le Tribunal administratif du Québec peut entendre toute contestation du maintien de toute garde ou d'une décision prise en vertu de la LPPÉM⁸⁰. À noter que ce dernier portait, jusqu'à tout récemment, le nom de Commission des affaires sociales.

La garde en établissement ne peut être ordonnée que par la Cour du Québec, en application de la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, suivant les critères et formalités prescrites. Le Tribunal, pour sa part, ne peut être appelé à intervenir que conformément à l'article 21 de cette loi. Saisi d'un tel recours, il doit vérifier, suivant la preuve, si l'état mental de la partie requérante présente toujours un danger pour elles-mêmes ou pour autrui et rendre, suivant la loi, la décision pertinente, nonobstant toute autre ordonnance.⁸¹

1. Le rapport d'examen psychiatrique : éclairage ou contrainte pour l'autonomie du tribunal?

En droit québécois, nul ne peut être soumis à une garde en établissement, qu'il s'agisse d'une garde préventive, d'une garde provisoire ou d'une garde «régulière», sans y donner d'abord son consentement ou sans une autorisation expresse de la loi ou obtenue du tribunal⁸².

Lorsque deux rapports d'examen psychiatrique concluent à la nécessité d'une garde «régulière», c'est du tribunal que doit être obtenue l'autorisation d'y soumettre la personne qui s'y oppose⁸³. Aucune autorisation expresse n'est retrouvée dans la législation pertinente pour ce type de garde.

78. Art. 36.2 C.c.p.

79. *Ibid.*, art. 25 et 26(5.).

80. LPPÉM, art. 21.

81. *Affaires sociales - 518* (20 juin 2000), T.A.Q. (Section des affaires sociales), n° SAS-Q-063827-0005, Me Lafleur, Dr Labrie et Mme Masson, par. 16; AZ-50078213.

82. Art. 26 C.c.Q.

83. *Ibid.*, art. 26 et 30.

Comme le soulignait M. Jean Rochon, alors ministre de la Santé et des services sociaux, la décision concernant la «pertinence de la garde ne revient pas seulement au médecin mais doit être entérinée par le tribunal.»⁸⁴

L'évaluation psychiatrique réalisée par le milieu médical, bien que soumise à certaines balises législatives discutées précédemment, est, depuis l'entrée en vigueur du C.c.Q., puis de la LPPÉM, complétée par ce que nous appellerons une «évaluation juridique». Il s'agit d'un élément nouveau depuis 1994, car la LPMM ne prévoyait que l'évaluation psychiatrique et excluait expressément, par son article 16, toute évaluation par le juge⁸⁵. Le ministre de la Santé et des Services sociaux, lors de l'étude détaillée du Projet de loi 39, rappelle ainsi cette importante modification qu'il cherche à harmoniser dans la LPPÉM :

Le Code civil est venu apporter un changement énorme sur lequel on s'harmonise. On dit : Maintenant, le patient ne dépendra plus de la décision des médecins; il y a un juge qui va intervenir [...]sic].⁸⁶

Cette évaluation juridique apporte un changement important à la pratique en santé mentale. Alors que le médecin avait, auparavant, sous réserve du respect des formalités prescrites, toute autorité pour décider et faire exécuter un internement civil, il doit se contenter de faire rapport et laisser au tribunal le pouvoir de décision. Les commentaires du Ministre de la justice concernant l'article 30 C.c.Q. sont éloquentes à ce sujet. Ils se lisent ainsi :

84. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, *supra* note 21 à la p. 2.

85. L'article 16 LPMM se lisait ainsi : «Lorsque la requête vise à faire mettre une personne en cure fermée à la suite d'un rapport visé à l'article 7 concluant à cet effet, le juge peut rendre l'ordonnance sur vu de ce rapport après avoir vérifié si toutes les exigences de la présente loi ont été remplies mais sans prononcer sur l'état mental de la personne qui fait l'objet de ce rapport.»

86. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, «Étude détaillée du projet de loi n° 39 - Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives (2)» dans *Journal des débats : de la Commission permanente des affaires sociales* (5 décembre 1997) à la p. 7.

Le premier alinéa de cet article s'inspire notamment de l'article 13 de la *Loi sur la protection du malade mental* en imposant l'obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal pour garder une personne en établissement contre son gré. Il s'écarte cependant substantiellement de cette loi, dont l'article 16 n'aboutissait, dans bien des cas, qu'à un contrôle de l'observation des formalités requises.⁸⁷

Le tribunal est perçu comme un tiers désintéressé, indépendant et autonome qui se doit d'analyser la preuve présentée avec objectivité. Il doit rechercher un équilibre entre la protection des libertés et droits fondamentaux de la personne concernée et la sécurité de tous, lorsqu'une personne présente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental.

Tant la doctrine que la jurisprudence se sont attardées aux pouvoirs octroyés au tribunal dans ce contexte particulier de la garde en établissement.

Selon M. Jean Rochon, alors ministre de la Santé et des Services sociaux, le tribunal dispose d'abord d'une certaine latitude afin de s'assurer de détenir toute l'information pertinente. Il s'exprime ainsi :

Mais rappelons-nous toujours que ce n'est sûrement pas un battement de cils qui décide. Le médecin fait un rapport, et c'est le juge qui décide. Sur la base du rapport, le juge peut entendre la personne sur qui porte le rapport, le juge peut entendre le médecin qui doit témoigner aussi, sûrement, de toute façon. Alors, si le juge sent qu'il n'a pas assez d'information, que l'information est douteuse... Il y a un processus de contrôle pour la décision. [sic]⁸⁸

Il mentionne également que le tribunal peut exiger que la preuve produite, c'est-à-dire l'évaluation psychiatrique, soit réalisée par un psychiatre, lorsque la situation le permet ou lorsque le recours à n'importe quel médecin n'est pas suffisant. L'impossibilité d'obtenir les services d'un psychiatre en temps utile, lorsqu'elle est alléguée, ne lie pas le tribunal.

87. MINISTRE DE LA JUSTICE, *supra* note 12 à la p. 29.

88. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, *supra* note 69 à la p. 15.

256 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

Et, finalement, s'il faut de toute façon un psychiatre, le juge peut l'exiger et il y a jurisprudence à cet effet-là que les juges l'ont exigé.⁸⁹

Selon l'honorable Guy Ringuet, juge à la Cour du Québec, le tribunal doit examiner les rapports déposés en preuve, à la lumière du témoignage du médecin qui les appuie.

Les deux rapports d'examen psychiatrique déposés en preuve doivent être analysés avec l'éclairage que procure le témoignage de la docteure Marquis en date du 28 avril 2000.⁹⁰

L'évaluation juridique par le tribunal compétent était souhaitée, lors de l'adoption de la LPPÉM, comme une étape supplémentaire permettant d'empêcher que, dans sa vulnérabilité, la personne dont l'état mental présente un danger pour elle-même ou pour autrui ne soit victime d'abus. Ceci se reflète dans le discours de Jean Rochon, lors de la prise en considération du rapport de la Commission permanente des affaires sociales.

Dans l'ancienne loi, dans la loi qui est actuellement en vigueur, c'est une décision médicale de garder une personne sous garde contre sa volonté. Maintenant, sur la base de ces examens-là, c'est le tribunal qui va décider. Donc, on aura une décision, je dirais, encore plus objective et faite par un tribunal, un juge qui pourra prendre en considération l'ensemble d'une situation, y compris évidemment l'évaluation médicale qui est faite de la situation. [sic]⁹¹

Bien entendu, lorsque les rapports d'examen psychiatrique soumis à l'appui d'une requête pour garde en établissement sont complets et détaillés, nous voyons mal le rejet de la demande par le tribunal. D'ailleurs, lors de leur évaluation juridique, les tribunaux éprouvent généralement un grand respect

89. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, *supra* note 86 à la p. 4.

90. *Boudreau c. P. É.* (24 mai 2000), Kamouraska 250-40-000149-002 (C.Q.), juge Ringuet; AZ-00036472 à la p. 4.

91. Québec (Province), Assemblée nationale, *Journal des débats* (16 décembre 1997), *supra* note 21 à la p. 9534.

pour l'évaluation psychiatrique. À titre d'exemple, le Tribunal administratif du Québec s'exprime ainsi :

L'appréciation de la dangerosité, en raison de l'état mental d'une personne, comporte un certain degré de subjectivité. C'est pour cette raison que la Loi confie l'examen clinique psychiatrique à des experts et que la formation du Tribunal appelée à instruire et décider d'un litige quant à la nécessité de la garde, doit également comprendre un psychiatre.

Personne n'a contredit que la requérante soit d'un tempérament pacifique, non violente bien que spontanée, de bonne humeur, polie, sociable et offrant une bonne collaboration sur le département. Le Tribunal est cependant d'avis que cette preuve n'est pas suffisante pour contrebalancer celle des experts, unanimes à considérer qu'il y a une corrélation entre les symptômes que présente la requérante et le risque de passage à l'acte.⁹²

Malheureusement, comme nous le mentionnions précédemment, nous avons constaté, lors de notre analyse, que les rapports d'examen psychiatrique sont généralement peu étoffés. Il peut donc survenir des situations où le tribunal n'est pas convaincu des conclusions de l'évaluation psychiatrique.

C'est ce qui s'est produit, le 16 juin 1999, dans l'affaire *Montambault c. Harel*⁹³. Dans cette affaire, la requête pour garde «régulière» présentée était rejetée à la suite de l'examen de l'évaluation psychiatrique (composée de deux rapports d'examen psychiatrique), du témoignage de l'un des psychiatres et de celui de la partie intimée. Dans son jugement rendu sur le banc, l'honorable Danielle Côté, juge de la Cour du Québec dans le district de Saint-François, rappelait ainsi le rôle du tribunal :

Ceci étant dit, je ne partage pas les commentaires de maître Grimard lorsque vous me dites qu'il y a dangerosité et que les propos de maître Cormier sont erronés, à partir du moment où deux (2) psychiatres

92. *J. D. c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, *supra* note 30, par. 80-81.

93. *Montambault c. Harel* (16 juin 1999), Saint-François 450-40-000307-994 (C.S.) juge Côté (extrait de la transcription des motifs rendus verbalement lors de l'audience).

décident qu'il y a dangerosité, parce que si tel était le cas, la Cour n'aurait pas besoin de siéger et il suffirait d'un jugement de deux (2) psychiatres pour décider que quelqu'un doit être interné, doit être gardé en garde préventive. Et c'est la raison pour laquelle le législateur a décidé de remettre ça à un juge pour lui permettre d'évaluer le tout.⁹⁴

Alors qu'elle devait se prononcer en appel de ce jugement de première instance, la Cour d'appel du Québec a rendu une décision peu motivée qui, depuis lors, donne lieu à des interprétations opposées devant la Cour du Québec. Elle s'exprime en ces termes :

La première juge a écarté une preuve d'experts de deux psychiatres, non contredite qui établit :

1. que l'intimé souffre d'une maladie affective bipolaire (en phase maniaque) avec épisodes psychotiques paranoïdes.
2. que son comportement présente un risque de dangerosité pour lui-même ou pour autrui.

Bien qu'elle ne soit pas liée par les rapports d'experts et qu'elle conserve sa discrétion dans l'exercice de son pouvoir en vertu, de l'article 30 C.c.Q., elle a erré en écartant cette preuve sans motif valable.

De plus la première juge, sans preuve médicale à cet effet, a substitué sa propre évaluation de l'état de l'intimé et proposé un traitement en externe que l'intimé ne semble pas avoir suivi depuis le 16 juin 1999.⁹⁵

Bien qu'elle réitère expressément l'autonomie du tribunal devant la preuve d'experts, affirmant que la Cour du Québec n'est «pas liée par les rapports d'experts et qu'elle conserve sa discrétion dans l'exercice de son

94. *Ibid.*

95. *Montambault c. Harel* (8 juillet 1999), Montréal 500-08-000114-993 (C.A.), juges Nuss, Robert et Forget.

pouvoir en vertu, de l'article 30 C.c.Q.»⁹⁶, deux éléments en font une décision ambiguë.

Le premier élément est l'affirmation que la preuve d'expert est non contredite. À notre avis, la Cour d'appel rappelle ainsi que la force probante du témoignage doit être appréciée en fonction de l'ensemble de la preuve et que, dans le cas soumis, cette preuve secondaire n'était pas suffisante pour contredire la preuve d'experts. Selon certains, cette première affirmation de la Cour d'appel doit plutôt s'interpréter comme l'exigence d'une contre-preuve médicale.

Le second élément est l'affirmation que la juge Côté a rejeté la preuve d'expert «sans motif valable», alors que la Cour d'appel ne précise pas ce qu'elle jugerait être des motifs valables. À nouveau, selon certains, la contre-preuve médicale serait exigée par la Cour d'appel du Québec en application du dernier paragraphe de la citation et afin d'obtenir une preuve contredite de même niveau. Bien qu'une lecture attentive de ce paragraphe ne permette pas, à notre avis, une telle interprétation, la confusion demeure.

Nous sommes d'avis que la Cour d'appel du Québec n'a pu vouloir imposer une telle contre-preuve médicale. Voyons pourquoi.

D'abord, tout tribunal auquel sont présentés deux rapports d'examen psychiatrique se verrait contraint de les entériner en l'absence d'une preuve médicale à l'effet contraire, et ce, même s'il appert de la preuve connexe que la situation qu'ils présentent a évolué entre le moment de la rédaction des rapports et l'audition par le tribunal. Or, la situation de dangerosité peut évoluer rapidement. Selon l'Association des hôpitaux du Québec, la dangerosité présentée par une personne s'éteint habituellement à l'intérieur d'un délai de soixante-douze heures.⁹⁷ Le respect des libertés et droits fondamentaux de la personne visée requiert l'utilisation d'une preuve connexe. La décision de la Cour d'appel ainsi interprétée ne pourrait se justifier.

96. *Ibid.*

97. C. Baudouin et M. Cournoyer-Proulx, *supra* note 62 à la p. 12.

En deuxième lieu, par cette décision, la Cour d'appel du Québec annulerait les modifications apportées au droit québécois par le C.c.Q. et la LPPÉM. Le pouvoir décisionnel, par ce jugement, serait retourné au domaine médical. Ce ne serait que dans les circonstances exceptionnelles où un débat médical a lieu que le tribunal devrait trancher. Ce retour en arrière est contraire, en tout point, à l'intention clairement exprimée du législateur⁹⁸. La Cour d'appel du Québec n'a pu souhaiter ceci.

Ensuite, cette décision mettrait fin à toute contestation que la personne vulnérable aurait pu vouloir présenter. Advenant qu'elle aurait la capacité d'entreprendre une démarche, ainsi que les moyens financiers, les courts délais, qui seront exposés dans la seconde partie de ce texte, empêchent, à toutes fins pratiques, l'obtention d'une contre-preuve médicale, et ce, même dans les régions où la main-d'oeuvre médicale n'est pas une rareté. Une telle exigence serait contraire à l'esprit des dispositions législatives en matière de garde en établissement. Le législateur, en adoptant la LPPÉM, souhaitait un assouplissement de la procédure afin de favoriser le respect et l'exercice des différents droits de la personne⁹⁹.

Finalement, en exigeant du tribunal un respect absolu de l'évaluation psychiatrique à défaut d'une contre-preuve médicale, la Cour d'appel contreviendrait à l'article 423 C.p.c. qui se lit ainsi : «le tribunal n'est toutefois pas tenu de suivre l'opinion de l'expert». On ne peut interpréter une décision de la Cour d'appel de manière à ce que ses effets contreviennent à la loi.

Dans un jugement subséquent à la décision de la Cour d'appel, la Cour du Québec s'exprime d'ailleurs ainsi relativement à son rôle :

Tout le débat porte sur l'application de l'article 30 du Code civil du Québec. La garde doit être justifiée. Le Tribunal examine, dans un premier temps, si les rapports d'examen psychiatrique répondent aux critères énoncés à l'article 3 de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui. L'article 3 énonce que :

98. MINISTRE DE LA JUSTICE, *supra* note 12 à la p. 11.

99. *Ibid.* à la p. 11.

[...]

Deuxièmement, le Tribunal examine les deux rapports d'examen psychiatrique avec les exigences énoncées à l'article 29 du Code civil du Québec. L'article 29 énonce que :

[...]

En vertu de l'article 30 du Code civil du Québec, les deux rapports d'examen psychiatrique doivent conclure, pour qu'il y ait garde en établissement, à la nécessité de cette garde.

L'article 780 du Code de procédure civile énonce que :

[...]

L'article 780 du Code de procédure civile réitère la règle «*Audi Atteram Partem*». Il s'agit d'une règle à suivre. Une règle qui n'est pas vide de sens. Elle permet également au Tribunal de vérifier la présence ou l'absence des éléments factuels sur lesquels l'opinion psychiatrique est donnée. De plus, l'examen de la preuve comporte plusieurs volets dont la présence de la personne concernée favorise la vérification d'indicateurs de dangerosité.

La preuve dans le présent dossier ne permet pas de conclure à la nécessité d'une garde en établissement. Il existe une distinction fondamentale entre ce qui est utile et ce qui est nécessaire. La Loi utilise le terme de «*nécessité*» et non «*d'utilité*».

Les prescriptions de la Loi ne sont pas rencontrées et la requête en prolongation est rejetée.¹⁰⁰

De plus, dans un second jugement, la Cour du Québec interprète expressément la décision de la Cour d'appel de manière à assurer le rôle de premier plan du tribunal et celui, non moins important, des psychiatres.

100. Boudreau c. P. É., *supra* note 90 aux pp. 5-6.

Il faut toutefois se rappeler le rôle que le législateur a dévolu à chacune d'elles [chaque discipline] dans le cadre d'une décision sur la garde en établissement d'une personne. La recommandation sur le plan thérapeutique relève du domaine médical tandis que le Tribunal se voit confier le devoir de vérifier si les conditions légales pour justifier la garde en établissement sont remplies.

Le point le plus litigieux dans un débat judiciaire sur la garde en établissement concerne la dangerosité de la personne pour elle-même ou pour autrui. Avec égards, le Tribunal croit qu'il revient aux médecins psychiatres de déterminer si les faits qu'ils ont constatés indiquent, selon les données de la science médicale, un comportement qui représente un danger pour cette personne ou pour autrui. Il revient en revanche au Tribunal de vérifier, outre le respect de la légalité et de la procédure, l'existence et le sérieux des motifs allégués dans les observations des psychiatres qui les ont conduits à conclure à la dangerosité du patient.

C'est cette attitude de respect à l'endroit des rapports des professionnels de la santé mentale que semble avoir adoptée la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Paul Montambault c. Guy Harel* précité.¹⁰¹

Malheureusement, comme nous l'exprimions précédemment, la décision de la Cour d'appel est source de controverse devant la Cour du Québec. Les deux décisions suivantes, rapportées, en sont des exemples très éloquentes :

Il faut faire preuve d'une très grande prudence en appliquant ces principes. Le tribunal est quand même très limité dans l'exercice de ses pouvoirs. Ainsi, la Cour d'appel dans *Montambault c. X.* et le *Curateur public* décide que le juge de première instance ne peut écarter l'expertise non contredite de deux psychiatres. Il ne peut substituer sa propre évaluation, sans preuve médicale.¹⁰²

Il est souvent difficile de rendre jugement là où la liberté d'action d'un individu est en cause. Mais les principaux décideurs sont en somme

101. *C.H.A.L. c. T.I.B.*, *supra* note 51 à la p. 4.

102. *Grizenko c. X.*, [2000] J.E. 2000-1222 aux pp. 11-12 (C.Q.).

les psychiatres qui jugent qu'une personne doit être gardée en établissement à cause de son état de santé. La grande solidarité et la détermination démontrées par la famille ne peuvent faire échec à un tel constat médical. Le rôle du juge en pareil instance n'est pas d'évaluer l'état de santé de la personne, mais plutôt de voir à ce que le processus et les règles aient été suivis. L'expert est le seul qui puisse donner une évaluation psychiatrique et son opinion voulant que le sujet doit être détenu sous garde ou pas. Il peut cependant être contredit par une contre-expertise présentée par un autre psychiatre.¹⁰³

La Cour suprême du Canada a refusé la permission d'appeler de la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Montambault c. Harel*¹⁰⁴. Il est donc à prévoir que cette décision sera encore à maintes reprises citée et appliquée d'une manière discutable. Il serait donc plus que souhaitable que la Cour d'appel du Québec ait, le plus tôt possible, l'opportunité de clarifier son prononcé quelque peu succinct dans cette affaire. La tendance jurisprudentielle actuelle doit être recentrée afin de favoriser le respect et l'exercice des différents droits de la personne.

2. La dangerosité : une question de degré

Nous avons constaté que la notion de danger que présente une personne pour elle-même ou pour autrui, ainsi que celle d'état mental la sous-tendant, sont les conditions essentielles à l'obtention d'une ordonnance de garde en établissement.

Bien qu'il n'établisse pas législativement comment identifier cette personne dont l'état mental présente un danger pour elle-même ou pour autrui, le droit québécois, maintenant plus uniforme en cette matière, fait état de deux niveaux de dangerosité : le danger et le danger grave et immédiat.

Tel que constaté précédemment, ces deux niveaux de dangerosité ne sont pas un élément de nouveauté en droit québécois. La jurisprudence antérieure à

103. *Clerc c. X.*, [2000] REJB 2000-17985, par. 14 (C.Q.).

104. *Montambault c. Harel*, C.S.C., n° 27517, 8 juin 2000, juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Lebel.

l'entrée en vigueur de la LPPÉM est donc une source intéressante d'information lorsqu'il s'agit d'en faire une appréciation juridique.

Sous le règne de la LPMM, la jurisprudence apparaît plutôt constante, tant devant la Cour du Québec que devant les autres tribunaux appelés à se prononcer.

Notamment, le Tribunal administratif du Québec (anciennement Commission des affaires sociales) a développé une jurisprudence stable à l'effet que le danger doit être évalué d'une manière actuelle (à court terme, immédiate) et non potentielle.

[...] nous avons donc procédé à un examen de certaines décisions rapportées de la Commission des affaires sociales pour illustrer de façon plus claire comment est interprétée la notion de dangerosité.

[...]

Selon la jurisprudence de la Commission, la dangerosité requise pour justifier une cure fermée ne doit pas être hypothétique ou potentielle. Il doit plutôt s'agir d'un danger réel et immédiat pour la santé ou la sécurité du patient lui-même ou pour la santé ou la sécurité d'autrui.¹⁰⁵

Citant, à titre d'exemple, une décision éloquente de la Commission des affaires sociales appelée à se prononcer sur le degré de dangerosité¹⁰⁶, Me Anne-Marie Veilleux et Me Hélène Allard rapportent également ainsi la constance perçue dans la jurisprudence de cette Commission :

Selon la jurisprudence de la Commission, la dangerosité requise pour justifier une garde forcée ne doit pas être hypothétique ou potentielle. Il doit plutôt s'agir d'un danger réel et immédiat pour la santé ou la sécurité du patient lui-même ou pour la santé ou la sécurité d'autrui :

S'il (le médecin) était d'avis que la prolongation de la cure fermée était nécessaire, ce n'est pas qu'il

105. J.-P. Ménard, «La Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, 1998, 427 aux pp. 439-441.

106. *Protection du malade mental - 16*, [1980] C.A.S. 764, 765.

jugeait l'appelante «dangereuse» actuellement mais parce qu'il craignait qu'elle le devienne. Or, la décision de prolonger ou non la cure fermée doit être basée sur l'état actuel d'un malade et non sur son état potentiel.

Le danger que présente le patient doit être évalué dans l'immédiat, à court terme plutôt qu'à long terme.¹⁰⁷

Rappelons que la LPPÉM, tout comme la LPMM qu'elle remplace, est une loi d'exception qui permet de priver une personne de sa liberté de mouvement en régissant sa détention dans un établissement de santé ou de services sociaux.

L'importance dans notre législation du droit d'une personne à son autonomie et à sa liberté fait que la garde en établissement sera une mesure exceptionnelle, prise en dernier recours et dans les cas où le droit de toute personne à la protection de son intégrité est menacé. L'ordonnance doit donc être la plus courte et la moins contraignante possible et se baser uniquement sur l'état de dangerosité de la personne qu'il est nécessaire de protéger. Le tribunal fixera donc la durée de la garde mais, malgré ce délai, la garde prendra fin avant son expiration dès qu'elle n'est plus justifiée.¹⁰⁸

Il appert clairement qu'en édictant la LPPÉM, le législateur souhaitait qu'un tel internement civil ne puisse exister que pour la période de temps la plus courte possible¹⁰⁹ et de la manière la moins contraignante possible.

Mais dans l'exercice de sa juridiction, le Tribunal administratif du Québec, saisi d'une requête en contestation du maintien de la garde, doit d'abord et avant tout, tenir compte du caractère particulier que

107. A.-M. Veilleux et H. Allard, *supra* note 77 à la p. 153.

108. D. Boulet, «Le traitement juridique du mineur dangereux pour lui-même ou pour autrui» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 187 à la p. 197.

109. Voir Québec (Province), Assemblée nationale, *Journal des débats* (16 décembre 1997), *supra* note 21 à la p. 9533. L'extrait pertinent de l'allocation de Jean Rochon est reproduit à la note 26.

266 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

revêt cette garde, privant une personne de sa liberté, en la détenant contre son gré. Nous ajoutons, paraphrasant ce que souligne Me Ménard : *nous estimons qu'il sera légalement plus facile d'amener à l'hôpital une personne dont l'état mental présente un danger pour elle-même ou pour autrui mais il sera plus difficile de l'y garder.*¹¹⁰

Afin de justifier une telle atteinte aux libertés et droits fondamentaux de la personne, notamment ceux à la liberté et à l'intégrité, les critères d'évaluation se doivent de demeurer exigeants lors du passage à la LPPÉM. D'autant plus que les outils cliniques, de l'aveu même du Dr Paul-André Lafleur, ne permettent pas aux psychiatres de formuler des prédictions fiables à long terme¹¹¹.

Tel qu'indiqué plus haut, les critères d'évaluation de la dangerosité sont beaucoup plus exigeants en matière civile. En effet, la dangerosité doit avoir un caractère plus immédiat. En effet, contrairement à ce qui arrive en matière de commission d'examen, il n'y a pas moyen pour la Cour du Québec ou le tribunal administratif de moduler la garde en établissement avec des mesures de libération conditionnelle ou d'engagement à prendre un traitement. L'autorisation de traitement relève uniquement de la Cour supérieure. La Cour du Québec et le tribunal administratif n'ont donc aucune compétence à cet égard.¹¹²

L'impossibilité, en droit québécois, de moduler la garde en établissement est un argument supplémentaire en faveur du maintien du critère de danger basé sur l'état actuel et non sur l'état potentiel de la personne concernée. Le législateur québécois voit, en effet, dans la dangerosité une

110. *Affaires sociales* - 273 (14 mai 1999), T.A.Q. (Section des affaires sociales), n° PM-11683, Dr Lambert, Mme Maltais et Me Lafleur à la p. 12; AZ-50066541.

111. P.-A. Lafleur, *supra* note 31 à la p. 21.

112. S. Lussier, «Les régimes de garde des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, (1998), 177 à la p. 183.

notion dichotomique. C'est d'ailleurs ce qui explique le retrait de la proposition de sorties temporaires lors de l'étude du Projet de loi 39.

Dans le cadre du processus d'adoption de la loi, la notion de «garde à distance» ou de «garde communautaire» a été retirée du projet de loi, vu son caractère controversé. Le législateur a préféré, tel que l'a exprimé le ministre de la Santé, s'en tenir à une vision dichotomique de la dangerosité : une personne est dangereuse ou elle ne l'est pas. Cette décision rejoint la vision juridique plutôt que médicale de la dangerosité. Cette disposition du projet de loi avait fait l'objet de nombreux commentaires quant à sa portée et ses difficultés d'application.¹¹³

De plus, nous croyons que le tribunal ne pourrait réellement être convaincu de la nécessité d'une garde lorsque la dangerosité en cause n'est pas réelle et prévisible à court terme. Or, la garde en établissement doit être plus qu'utile. Elle doit être nécessaire.

La preuve dans le présent dossier ne permet pas de conclure à la nécessité d'une garde en établissement. Il existe une distinction fondamentale entre ce qui est utile et ce qui est nécessaire. La Loi utilise le terme de «*nécessité*» et non «*d'utilité*».

Les prescriptions de la Loi ne sont pas rencontrées et la requête en prolongation est rejetée.¹¹⁴

En date du 28 avril 2000, la docteure Marquis est d'opinion qu'il n'existe pas un danger grave et immédiat. Elle recommande que monsieur É... demeure au Centre Hospitalier Régional du ... en attente du rapport écrit du docteur Talbot. En date du 28 avril 2000, la preuve prépondérante ne révèle pas la nécessité d'une garde en établissement. Elle ne révèle pas que monsieur É... représente un danger pour lui-même ou pour autrui en raison de son état mental.¹¹⁵

113. J.-P. Ménard, *supra* note 105 aux pp. 439-441.

114. Boudreau c. P. É., *supra* note 90 à la p. 6.

115. *Ibid.* à la p. 4.

Si l'évaluation du danger était stable et constante sous la LPMM et devait l'être sous la LPPÉM, la décision plutôt récente de la Cour d'appel du Québec¹¹⁶ pourrait devenir une source de confusion.

Rappelons que la Cour d'appel du Québec était appelée, le 8 juillet 1999, à se prononcer en appel d'une décision de l'honorable Danielle Côté, juge de la Cour du Québec dans le district de Saint-François, qui avait rejeté, en première instance, la requête pour garde «régulière» qui lui avait été présentée.

La décision de la Cour d'appel du Québec, dont le banc était alors formé de trois juges, les honorables Nuss, Robert et Forget, peut être perçue comme s'inscrivant à contre-courant de cette jurisprudence en se prononçant ainsi :

La première juge a écarté une preuve d'experts de deux psychiatres, non contredite qui établit :

1. que l'intimé souffre d'une maladie affective bipolaire (en phase maniaque) avec épisodes psychotiques paranoïdes.
2. que son comportement présente un risque de dangerosité pour lui-même ou pour autrui.

Bien qu'elle ne soit pas liée par les rapports d'experts et qu'elle conserve sa discrétion dans l'exercice de son pouvoir en vertu, de l'article 30 C.c.Q., elle a erré en écartant cette preuve sans motif valable.

De plus la première juge, sans preuve médicale à cet effet, a substitué sa propre évaluation de l'état de l'intimé et proposé un traitement en externe que l'intimé ne semble pas avoir suivi depuis le 16 juin 1999.¹¹⁷

116. *Montambault c. Harel*, *supra* note 95 (à noter qu'une demande d'autorisation d'en appeler de cet arrêt a été rejetée par la Cour suprême du Canada).

117. *Ibid.* (nos soulignés).

Nous l'avons mentionné précédemment, la décision de la Cour d'appel manque de précision. L'un des éléments qui pourrait causer des difficultés d'interprétation est l'absence de qualification du risque de dangerosité.

Dans son jugement rendu sur le banc le 16 juin 1999, la juge Côté s'exprimait ainsi :

[...] alors je suis tout à fait d'accord avec le docteur Gaudreault quand elle mentionne qu'il y a encore présence de délire malgré les explications que monsieur Harel a données devant moi aujourd'hui [...].¹¹⁸

Et à mon avis, la dangerosité n'est pas immédiate dans le dossier et la dangerosité repose sur des hypothèses. Je comprends le docteur Gaudreault de poser ces hypothèses-là, mais ce n'est pas suffisant quant à moi au niveau de la preuve parce qu'il n'y a rien au niveau des antécédents de monsieur, au niveau des comportements de monsieur, au niveau de l'historique, pour établir que cet individu-là est une personne violente [...].¹¹⁹

La juge Côté se prononçait ainsi après avoir reçu l'évaluation psychiatrique (deux rapports d'examen psychiatrique), après avoir entendu le témoignage de la Dre Lynn Gaudreault et après avoir entendu l'intimé. Elle se disait d'avis que la seule preuve d'une présence de délire n'est pas suffisante pour justifier une garde «régulière». Il faut que la dangerosité qui en résulte soit plus qu'hypothétique, ce que la preuve ne semblait pas suffire à démontrer.

Toutefois, la Cour d'appel du Québec a reproché à la juge Côté d'avoir écarté la preuve sans motif valable. En retenant la présence d'un risque de dangerosité, sans autre qualificatif, la Cour d'appel du Québec nous dit-elle que l'existence d'un danger fondée sur des hypothèses est suffisante pour justifier une garde «régulière»? Nous ne le croyons pas.

118. *Montambault c. Harel*, *supra* note 93.

119. *Ibid.*

La présence d'un danger hypothétique ou potentiel, plutôt que celle d'un danger réel et actuel, ne justifie pas, selon nous, une atteinte aussi importante aux libertés et droits fondamentaux d'une personne. Le danger en cause doit être plus qu'une simple éventualité ou possibilité¹²⁰.

Une décision récente du Tribunal administratif du Québec laisse percevoir une évaluation du degré de la dangerosité plus restrictive que le seul seuil du faible risque potentiel.

L'état clinique et le comportement de la requérante se sont détériorés graduellement au cours des dernières années pour connaître un sommet, à cet égard, à la fin du printemps 1999. Elle tient des propos délirants et elle pose des gestes mettant sérieusement à risque sa propre sécurité. Ainsi, elle ne s'alimente pas adéquatement - elle a perdu beaucoup de poids - parce qu'elle utilise ses faibles revenus pour des travaux qu'elle fait sur sa maison et dans les multiples démarches qu'elle mène pour se défendre contre le harcèlement dont elle s'estime victime.

Son attitude pose aussi un problème pour la sécurité des autres. Elle devient facilement hostile et irritable au point où, au cours de la présente hospitalisation, elle a dû être mise en isolement pendant quelque temps.

Elle fait des crises de colère dans le cours desquelles elle se montre agressive et violente. Elle s'est même livrée à du vandalisme sur la propriété d'un membre de sa famille. Ses proches (dont ses propres enfants) évitent les relations avec elle lorsque sa maladie n'est pas bien contrôlée.

La preuve démontre donc clairement que la requérante souffre d'une maladie psychiatrique importante, que son comportement fait en sorte qu'elle représente un risque important pour sa propre sécurité et celle d'autrui. Son état clinique l'empêche aussi de réaliser la gravité de sa situation et de poser des gestes susceptibles de l'améliorer.¹²¹

120. J.-P. Ménard, *supra* note 105 à la p. 465.

121. *Affaires sociales* - 441, REJB 2000-18927, par. 9 à 12 (T.A.Q.).

Malgré ceci, nous sommes d'avis que la position de la Cour d'appel du Québec relativement à la dangerosité doit être étoffée afin d'éviter qu'une confusion ne se crée également à ce sujet au sein de la Cour du Québec. À défaut, une modification législative aurait un effet favorable sur l'équilibre recherché entre la sécurité de tous et la protection des libertés et droits fondamentaux.

L'évaluation juridique du degré de dangerosité a, jusqu'à maintenant, porté essentiellement sur les situations où la personne avait fait l'objet d'une évaluation psychiatrique. Il semble pertinent de terminer en citant Me Jean-Pierre Ménard quant à la détermination du degré de dangerosité lorsqu'il s'agit de mettre une personne en garde provisoire, dans le but d'obtenir l'évaluation psychiatrique.

En l'absence d'une preuve médicale constituant la dangerosité, le tribunal devra donc, à la lumière des allégations de faits, décider si celles-ci sont suffisamment sérieuses pour justifier l'émission d'une ordonnance. Sans chercher à qualifier le niveau de preuve spécifique dont doit se satisfaire le tribunal, nous croyons qu'il doit y avoir plus qu'une preuve *prima facie* de la dangerosité, c'est-à-dire que les allégations, si elles s'avéraient, rencontreraient le critère de dangerosité au niveau de la probabilité. Le législateur, en utilisant les termes «motifs sérieux» voulait certainement que le juge ait un certain niveau de conviction.

Au stade de l'émission de l'ordonnance, le juge saisi de la requête doit donc s'assurer de la suffisance des allégations et des éléments de preuve déposés à leur soutien. S'il ne peut conclure que ces allégations constituent des éléments de dangerosité suffisante, il doit rejeter la requête. Dans un tel cas, la demande ne peut être présentée à nouveau que si d'autres faits sont allégués.¹²²

II. Les garanties procédurales : véhicule pour une atteinte minimale

Ainsi, la notion de justice fondamentale reconnue par la Cour suprême permet d'aborder l'examen de l'atteinte aux droits d'un individu dans

122. J.-P. Ménard, *supra* note 105 à la p. 466.

une perspective collective plus globale et d'échapper à une conception figée des préceptes fondamentaux de notre système juridique. La pondération des droits individuels et des intérêts collectifs devra être opérée aussi bien à l'égard des garanties substantives de la justice fondamentale que des garanties procédurales. Selon le contexte, les droits individuels pourront donc être subordonnés à la mise en oeuvre d'objectifs importants poursuivis par l'État. Cet arbitrage d'intérêts opposés dans le cadre de l'examen des garanties juridiques protégées par l'article 7 de la *Charte canadienne* nous apparaît d'autant plus nécessaire que la Cour suprême a indiqué à plusieurs reprises qu'il sera très difficile, voire exceptionnel, pour l'État de démontrer la raisonnablement d'une violation de l'article 7 selon les exigences posées par l'article premier de la *Charte canadienne*.¹²³

Dans son ensemble, la LPPÉM, tout comme la LPMM qu'elle remplace, porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne qui présente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental, dont celui protégé par l'article 7 de la Charte canadienne. En effet, par l'application de ses dispositions, de même que de celles du C.c.Q. qu'elle complète, la personne qu'elle vise se voit privée de sa liberté et voit son intégrité menacée.

Bien que la pondération des droits individuels et des intérêts collectifs doive être opérée à l'égard des garanties procédurales, l'article 24 de la Charte québécoise rappelle toutefois l'importance de la procédure prescrite dans un contexte particulier comme celui de l'internement civil.

24. Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.

Le respect de la procédure constitue l'un des éléments permettant à l'atteinte d'être jugée proportionnelle aux fins recherchées par la LPPÉM. À ce sujet, Me Jean-Pierre Ménard s'exprime ainsi :

123. D. A. Jobin, «Nouvelles perspectives en matière de droits à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l'article 7 de la Charte canadienne» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 81 à la p. 107.

[...] lorsque des atteintes sont portées aux droits fondamentaux, elles ne doivent l'être que dans la mesure nécessaire pour atteindre la fin recherchée, pourvu également que cette fin soit raisonnable et que les moyens utilisés pour l'atteindre soient proportionnels avec la fin recherchée. Cela signifie également que ces atteintes ne peuvent se produire que pour la durée minimale pendant laquelle elles s'avèrent nécessaires. [...].¹²⁴

De plus, lors de l'entrée en vigueur de la LPPÉM et au sein même de celle-ci, certains changements procéduraux furent précisément apportés pour une plus grande transparence dont l'effet visé est une meilleure compréhension du processus judiciaire par tous ceux qui sont impliqués et une préservation accrue des droits et libertés de la personne visée.

En fait, le législateur dans son projet de loi 39, impose surtout une série de règles dont l'objectif premier est d'abord de combler le vide juridique permettant de faire face aux situations d'urgence tout en tentant d'atteindre un niveau de transparence procédurale permettant aux personnes visées par une procédure de garde en établissement ou d'évaluation psychiatrique ainsi qu'à leurs proches d'obtenir toute l'information nécessaire à la compréhension du processus judiciaire ainsi qu'à la préservation de leurs droits et libertés.

Malgré l'importance manifeste des changements que provoquera la mise en vigueur du projet de loi 39 au niveau des pouvoirs permettant de parer aux urgences immédiates, les règles prévues tant au *Code civil du Québec* qu'au *Code de procédure civile du Québec* en matière de requête pour garde en établissement demeurent essentiellement les mêmes.¹²⁵

Dans ce contexte, il semble que le législateur ait souhaité une grande rigueur de la part de tous lorsqu'il est question du cadre procédural en matière de garde en établissement.

124. J.-P. Ménard, *supra* note 19 à la p. 8.

125. L. Sénécal, *supra* note 68 à la p. 279.

274 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

Malgré ceci, nous avons pu constater, notamment par notre analyse d'un groupe de cinquante requêtes¹²⁶, des difficultés lors de la mise en oeuvre des garanties procédurales, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de signification et de délais de présentation. Les tribunaux qui se trouvent confrontés à des manquements, tout en les déplorant, n'accordent pas pour autant la liberté à la personne visée.

C'est pourquoi, dire que des lacunes dans la procédure enfreignent tellement les garanties procédurales du malade que la personne gardée par nécessité devrait être libérée au moindre accroc serait desservir les fins de la Loi protectrice [...] Par contre, sous prétexte d'avoir affaire à une personne dangereuse, il va de soi qu'on ne peut pas agir n'importe comment. Il faut suivre les formalités.¹²⁷

Nous posons donc la question : le cadre procédural mis en place par la LPPÉM est-il garant du respect des droits et libertés? Et, s'il y a lieu, que pouvons-nous faire pour assurer que les difficultés rencontrées ne mettent pas en péril ce respect?

A. La dispense de signification : une exception devenue principe

La signification est la toute première garantie procédurale permettant aux personnes visées par une requête en matière de garde en établissement d'obtenir toute l'information nécessaire à la compréhension du processus judiciaire ainsi qu'à la préservation de leurs droits et libertés. Par conséquent, elle constitue le premier volet de notre analyse des garanties procédurales.

1. La signification de la procédure judiciaire : son utilité

En matière de garde en établissement, une seule disposition législative régit expressément la signification des procédures judiciaires, c'est-à-dire tant la requête pour une garde provisoire en établissement (ou en vue d'une évaluation psychiatrique) que celle pour une garde en établissement «régulière»

126. Voir, à ce sujet, l'avant-propos du présent texte.

127. *Grizenko c. X.*, *supra* note 102 à la p. 12.

(ou à la suite d'une évaluation psychiatrique). Il s'agit de l'article 779 C.p.c. Cette disposition se lit comme suit :

779. La demande ne peut être présentée au tribunal ou au juge à moins d'avoir été signifiée à la personne qui refuse l'évaluation ou la garde au moins un jour franc avant sa présentation.

Cette demande est aussi signifiée à une personne raisonnable de sa famille ou, le cas échéant, au titulaire de l'autorité parentale, au tuteur, curateur, mandataire ou à la personne qui en a la garde ou qui démontre un intérêt particulier à son égard; à défaut, la demande est signifiée au curateur public.

Exceptionnellement, le juge peut dispenser le requérant de signifier la demande à la personne concernée s'il considère que cela serait nuisible à la santé ou à la sécurité de cette personne ou d'autrui, ou s'il y a urgence.

Par cette disposition, est tout d'abord établi le devoir, pour le requérant, de signifier la procédure judiciaire à la personne qu'elle vise, soit la partie intimée. Cette signification doit être effectuée conformément aux règles générales prévues à la section II (De la signification) du chapitre I (De l'assignation) du titre I (Introduction de l'action et comparution) du livre II (Procédures ordinaires en première instance) du C.p.c.¹²⁸

La requête pour garde en établissement étant relative à l'intégrité de la personne visée, elle doit lui être signifiée à personne¹²⁹, c'est à dire qu'elle s'effectue en remettant copie à la partie intimée, en mains propres, où qu'elle se trouve¹³⁰. L'article 135.1 C.p.c. prévoit toutefois une exception à cette signification à personne.

Lorsqu'une telle signification risque d'aggraver l'état physique ou psychique de la personne visée par la procédure, cette disposition prévoit qu'un juge, sur requête, peut autoriser qu'elle soit faite sous pli cacheté en parlant à une personne raisonnable qui en a la garde. Cependant, cette exception apparaît

128. Art. 119.2 C.p.c.

129. *Ibid.*, art. 135.1.

130. *Ibid.*, art. 123.

131. *Charte québécoise*, art. 23.
132. *Ibid.*, art. 35.
133. *Ibid.*
134. *Ibid.*, art. 29; *Charte canadienne*, art. 10.
135. *Charte québécoise*, art. 34.

Le fait que le Code de procédure précise que la dispense ne peut qu'être exceptionnelle pourra entraîner une interprétation restrictive des situations d'urgence ou de celles qui peuvent nuire à la santé ou à la sécurité.¹³⁶

Le tribunal, dans ce contexte, se doit d'exiger une preuve de signification ou une argumentation claire et étoffée en faveur d'une dispense.

En plus de prévoir la signification de toute procédure à la partie intimée et, exceptionnellement, la dispense de celle-ci, l'article 779 C.p.c. établit le devoir, pour le requérant, de signifier la procédure judiciaire à une personne raisonnable de la famille de la partie intimée ou, le cas échéant, au titulaire de l'autorité parentale, au tuteur, curateur, mandataire ou à la personne qui en a la garde ou qui démontre un intérêt particulier à son égard. À défaut de l'une ou l'autre de ces personnes, la demande est signifiée au curateur public. Cette signification doit également être effectuée conformément aux règles générales prévues au C.p.c.¹³⁷.

La signification des procédures judiciaires en matière de garde en établissement à des tiers s'explique par la vulnérabilité des personnes qui sont habituellement visées par celles-ci. Le rôle du tiers à qui l'on signifie la procédure est d'assurer que les droits et libertés de la personne visée sont préservés, en veillant, de prime abord, «à ce que les garanties procédurales soient respectées à la lecture même de la requête»¹³⁸.

Les commentaires du Ministre de la justice concernant l'article 779 C.p.c. permettent de confirmer cette perception. Ils se lisent ainsi :

Cet article reprend substantiellement le droit antérieur exprimé à l'ancien article 15 de la Loi sur la protection du malade mental, mais ajoute à la liste des personnes à qui la demande doit être signifiée. Cet

136. J. Forget, *De la garde en établissement et de l'examen psychiatrique*, coll. «Code civil du Québec», Montréal, Association des hôpitaux du Québec, 1993 à la p. 11.

137. Art. 119.2 C.p.c.

138. F. Dupin, «Incidences du droit de la santé mentale sur le Curateur public» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 267 à la p. 274.

ajout, vise à apporter une solution dans les cas où le malade n'a ni représentant, ni ami, ni famille. L'addition de la personne qui démontre un intérêt particulier à son égard constitue une harmonisation avec la réforme du droit des personnes en matière de consentement aux soins; par ailleurs, le recours ultime au curateur public vise les cas très exceptionnels où l'on ne peut trouver l'une ou l'autre des personnes énumérées. En ces cas, le curateur public pourrait non seulement assurer une représentation temporaire, mais également introduire, au besoin, une demande d'ouverture d'un régime de protection.¹³⁹

Il appert de ce qui précède que la signification de toute procédure judiciaire en matière de garde en établissement n'est pas une démarche inutile. Elle permet à la personne visée qui le souhaite et qui en a la capacité d'entreprendre des démarches pour assurer le respect de ses droits et de ses libertés. Elle permet également à un tiers d'intervenir à ce même effet, bien que par des moyens différents, vraisemblablement en raison de la vulnérabilité de la personne visée. Le fait que tous aient à coeur la protection des personnes présentant un danger pour elles-mêmes ou pour autrui ne devrait pas laisser place à un laxisme procédural concernant la signification.

Le respect de cette rigueur vise à sauvegarder des droits fondamentaux. [...]

La sauvegarde de ces droits fondamentaux exige une interprétation restrictive de toute disposition portant atteinte à ces droits fondamentaux. Le Tribunal convient qu'il s'agit d'une matière délicate. Tous ont à coeur la protection des personnes représentant un danger pour elles-mêmes ou pour autrui. Leur protection doit cependant être assurée dans le respect de leurs droits fondamentaux. Les services responsables de l'organisation et de la répartition régionale des services de santé doivent faire en sorte que tous les citoyens aient droit à la même protection stipulée par la loi.¹⁴⁰

139. MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 268.

140. *Lirette c. M. (C.)*, *supra* note 41 aux pp. 1797-1798.

Constatant que 16% des requêtes analysées sont présentées en demandant une dispense de signification pour la partie intimée, et ce, toutes dans les districts de Montréal et de Québec, les tribunaux se doivent de demeurer vigilants à cet égard et de s'assurer que seuls les cas exceptionnels donnent lieu à une dispense. Le respect des droits fondamentaux de la personne visée en dépend.

Par ailleurs, bien que l'article 135.1 C.p.c., cité précédemment, ne s'applique pas directement, les tribunaux pourraient s'en inspirer lorsqu'ils sont confrontés à une demande de dispense de signification et qu'ils ne sont pas convaincus du bien-fondé de cette demande. L'article 766 C.p.c. permet une certaine latitude au tribunal.

766. Lors de la présentation de la requête, le tribunal, après examen des questions de droit et de fait en litige, peut :

1° décider sur les moyens propres à simplifier la procédure et à abréger l'audition, notamment sur l'opportunité d'amender les actes de procédure, d'admettre quelque fait ou document et de fournir la liste des autorités que les parties entendent soumettre;

2° ordonner, s'il le juge à propos, la contestation de la demande par écrit aux conditions qu'il détermine;

3° fixer, le cas échéant, les modalités et le délai de communication des affidavits détaillés ainsi que des pièces que les parties entendent produire;

4° ordonner la signification de la requête à toute personne qu'il désigne et dont les intérêts peuvent être touchés par le jugement;

5° rendre toutes les ordonnances nécessaires à la sauvegarde des droits des parties pour le temps et aux conditions qu'il détermine;

6° fixer la date de l'audition, le jour même le cas échéant, ou ordonner que la demande soit portée au rôle général des requêtes.

Par l'application de cet article, le tribunal pourrait refuser la dispense de signification et ordonner que la personne visée par cette dispense se voie au contraire signifier ladite requête conformément aux principes de l'article 135.1

C.p.c. Une telle proposition nous semble plus près de l'intention du législateur qu'une dispense complète.

2. Les rapports d'examen psychiatrique : une pièce maîtresse à divulguer

Toute partie à des procédures a droit, en principe, de recevoir les pièces qui les accompagnent, y compris l'intimé. Mais si les rapports médicaux indiquent que la requête ne doit pas être signifiée à l'intimé, il va sans dire que les pièces non plus ne lui seront pas communiquées.¹⁴¹

L'honorable Pierre Verdy, juge de la Cour du Québec, s'est exprimé ainsi relativement au droit de toute partie qui se voit signifier une procédure judiciaire en matière de garde en établissement de recevoir copie des rapports d'examen psychiatrique à son appui. Malheureusement, il appert que ce point de vue n'est pas partagé par tous les intervenants en cette matière.

En effet, c'est seulement dans 48% des requêtes analysées que nous savons ou pouvons, d'une manière ou d'une autre, présumer que la partie intimée s'est vue signifier des rapports d'examen psychiatrique. Cette proportion est non négligeable et inquiétante.

Sachant que les rapports d'examen psychiatrique sont «les pièces maîtresses pour l'obtention d'une ordonnance de garde en établissement»¹⁴² et que «l'absence de connaissance des rapports d'examen psychiatrique est un handicap sérieux à une défense pleine et entière»¹⁴³, il est essentiel de démontrer pourquoi cette tendance doit être modifiée par les établissements de santé ou de services sociaux et, surtout, rejetée par les tribunaux.

141. *Grizenko c. X.*, *supra* note 102 à la p. 21.

142. L. Sénécal, *supra* note 68 à la p. 292.

143. *Hôpital Jean-Talon c. F. P.* (6 avril 2000), Montréal 500-40-007215-002 (C.Q.), juge Charette à la p. 9.

En matière de garde en établissement, c'est par l'article 779 C.p.c. qu'est établi le devoir de signifier la procédure judiciaire¹⁴⁴. Afin de déterminer avec plus de précision ce qui doit être signifié, ce sont toutefois des règles plus générales du C.p.c. qui doivent recevoir application, et plus particulièrement celles relatives aux procédures introduites par requête¹⁴⁵.

On retrouve tout d'abord, avec plus de précision, le contenu de la requête pour garde en établissement, de même que certains des documents devant l'accompagner lors de la signification à la lecture de l'article 763 C.p.c.

763. L'objet de la demande, les moyens sur lesquels elle est fondée et les conclusions recherchées sont exposés dans la requête. Elle doit être appuyée d'un affidavit attestant la vérité des faits allégués dont la preuve n'apparaît pas autrement au dossier.

Sauf dans la mesure prévue par le présent Titre ou par d'autres dispositions du présent Code applicables aux demandes introduites par requête, ces demandes obéissent aux règles générales applicables à une demande introduite par une déclaration, notamment à celles relatives à la signification ou à la notification et à la désignation des parties et des biens, ou encore à l'administration de la preuve.

C'est également en se référant aux dispositions particulières du C.c.Q. que les documents devant appuyer une requête pour garde en établissement sont connus. L'article 30 C.c.Q. prévoit notamment le caractère obligatoire et essentiel des rapports d'examen psychiatrique. Cet article se lit comme suit :

30. La garde en établissement à la suite d'une évaluation psychiatrique ne peut être autorisée par le tribunal que si les deux rapports d'examen psychiatrique concluent à la nécessité de cette garde.

Le jugement qui autorise la garde en fixe aussi la durée.

La personne sous garde doit, cependant, être libérée dès que la garde n'est plus justifiée, même si la période fixée n'est pas expirée.

144. Cet aspect est élaboré au point précédent. Le lecteur est donc prié de s'y référer.

145. Art. 774 C.p.c.

La règle générale relative à la communication des pièces, édictée à l'article 331.6 C.p.c., prévoit que, sous réserve des modalités décidées par le juge, toute partie à un litige doit se voir remettre les pièces en même temps que la signification de la requête.

331.6. Dans les instances introduites par une requête ainsi que dans les demandes présentées en cours d'instance, la communication des pièces autres qu'un élément matériel de preuve s'opère par la remise d'une copie de celles-ci aux parties. Sauf disposition contraire, cette remise se fait, lorsqu'il s'agit du requérant, en même temps que la signification de la requête et, dans les autres cas, dès que possible avant la présentation de la requête. S'il s'agit d'un élément matériel de preuve, la communication s'opère en rendant accessible l'élément matériel dès que possible avant la présentation de la requête.

Si les circonstances le justifient, un juge peut, sur demande verbale, décider autrement des modalités et, s'il y a lieu, décider du délai de communication.

Toutefois, c'est l'article 29 C.c.Q. qui établit réellement la communication des pièces sensibles que sont les rapports d'examen psychiatrique. Cet article se lit comme suit :

29. Tout rapport d'examen psychiatrique doit porter, notamment, sur la nécessité d'une garde en établissement si la personne représente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental, sur l'aptitude de la personne qui a subi l'examen à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens et, le cas échéant, sur l'opportunité d'ouvrir à son égard un régime de protection du majeur.

Il doit être remis au tribunal dans les sept jours de l'ordonnance. Il ne peut être divulgué, sauf aux parties, sans l'autorisation du tribunal.

Par application de ce dernier article, même lorsque le rapport d'examen psychiatrique n'a pas donné lieu à une requête pour garde «régulière», les parties à la requête pour garde provisoire peuvent demander la divulgation du rapport sans qu'une autorisation du tribunal soit nécessaire. Tout rapport d'examen psychiatrique remis ainsi au tribunal serait donc accessible à la personne qu'il vise.

Bien que les rapports à l'appui de toute requête pour garde «régulière» contiennent des données hautement confidentielles, le droit d'accès de la personne visée (la partie intimée) par des rapports d'examen psychiatrique, ainsi que de toutes les autres parties à cette requête, est ainsi clairement et expressément établi.

Par ailleurs, il n'est aucunement prévu que la partie doit comparaître par procureur ou poser tout autre acte afin d'avoir accès à la pièce maîtresse d'un litige. Une telle exigence serait donc contraire à l'intention du législateur qui est très claire à l'article 331.6 C.p.c. D'autant plus qu'en matière de garde en établissement, le délai de signification, même lorsque respecté, est très court, étant fixé à un jour franc¹⁴⁶. La seule méthode efficace pour assurer la divulgation à la partie intimée et aux autres parties est de respecter la règle générale et de joindre la pièce à la requête lors de la signification.

Dans l'affaire *Hôpital Jean-Talon c. P. (F.)*, l'honorable Denis Charette, juge de la Cour du Québec, confirme le droit de chaque partie à une requête pour garde «régulière» de recevoir copie des rapports à son appui lors de la signification. Le juge Charette se réfère toutefois à une procédure *sui generis*, étant d'avis que les règles procédurales évoquées précédemment sont insuffisantes, ne visant pas expressément les gardes en établissement¹⁴⁷.

En l'espèce, il apparaît difficile pour la personne visée par la loi, comme pour les personnes visées par le deuxième alinéa de l'article 779 C.p.c., de vérifier s'il y a de bons moyens de défense, et de préparer une contestation s'il y a lieu, si on ne prend connaissance des rapports que lors de l'audition.

Certes, le premier objet de la loi est de protéger la personne ayant présumément des troubles mentaux. Mais la loi a également comme objectif d'assurer des moyens de défense à cette personne et à ceux qui

146. Pour une discussion plus complète de cet aspect, le lecteur doit se référer au point suivant de ce texte.

147. L'auteure ne partage pas, avec tout le respect qui lui est dû, l'opinion du juge Charette concernant la nécessité d'une procédure *sui generis*. Cette position est tout de même intéressante, favorisant la communication des rapports même dans ce contexte.

284 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

peuvent l'assister. L'absence de connaissance des rapports d'examen psychiatrique est un handicap sérieux à une défense pleine et entière.

Les rapports prévus à l'article 30 C.c.Q. devraient être signifiés aux personnes visées par les deux premiers paragraphes de l'article 779 C.p.c., en même temps que la requête. Pour respecter la confidentialité des rapports, ils pourraient être mis sous enveloppe scellée et accompagner la requête.

Le Tribunal est d'avis que cette procédure devrait s'appliquer *sui generis*, en l'absence de quoi la requête est irrecevable.¹⁴⁸

De plus, contrairement à ce qui a déjà été plaidé, sans succès, devant les tribunaux, nous croyons que l'article 5 LPPÉM ne module pas le droit d'accès de la partie intimée ou de toute autre partie à une requête pour garde en établissement déjà expressément prévu à l'article 29 C.c.Q.

5. La divulgation du rapport par l'établissement se fait conformément aux dispositions relatives à l'accès au dossier de la personne, prévues par les lois sur les services de santé et les services sociaux, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation prévue à l'article 29 du Code civil du Québec.

Toute autre interprétation de l'article 5 LPPÉM ne peut qu'être erronée.

L'honorable Pierre Verdy, juge de la Cour du Québec, se prononce d'ailleurs en ce sens dans l'affaire *Grizenko c. X.* :

Toute partie à des procédures a droit, en principe, de recevoir les pièces qui les accompagnent, y compris l'intimé. Mais, si les rapports médicaux indiquent que la requête ne doit pas être signifiée à l'intimé, il va sans dire que les pièces non plus ne lui seront pas communiquées.

[...]

148. *Hôpital Jean-Talon c. F. P.*, *supra* note 143 à la p. 9.

Le souci de la requérante est évidemment de ne pas faire circuler sur une large échelle des rapports psychiatriques hautement confidentiels. L'avocate de la requérante cite, par exemple, l'art. 5 de la Loi qui réfère aux diverses lois sociales. Mais le texte de base se trouve à la fin de l'art. 29 C.c.Q., à savoir :

[...]

Or, l'intimé et le mis en cause sont des parties à la requête et ont donc droit aux pièces sans autorisation du tribunal. L'art. 5 de la Loi ajoute :

[...]

Donc, les parties à l'instance et les personnes qui ont accès au dossier du malade peuvent obtenir communication des rapports d'examens.¹⁴⁹

Ce qui précède établit, à notre avis, hors de tout doute, le droit de chaque partie, lorsqu'elle reçoit signification d'une requête pour garde en établissement, d'avoir accès aux rapports d'examen psychiatrique soumis à son appui, rapports qui constituent la pièce maîtresse du litige.

Certains ont soutenu que les rapports d'examen psychiatrique ne peuvent être signifiés, les informations qu'ils contiennent provenant généralement de tierces personnes. Ceci doit être réfuté.

Il est expressément prévu à l'article 3 LPPÉM que, dans chaque rapport d'examen psychiatrique, le médecin doit préciser les faits qu'il a lui-même observés et ceux communiqués par d'autres personnes.

3. Tout rapport d'examen psychiatrique doit être signé par le médecin qui a fait l'examen. Celui-ci doit y préciser notamment :

- 1^o qu'il a examiné lui-même la personne;
- 2^o la date de l'examen;

149. *Grizenko c. X.*, *supra* note 102 aux pp. 17, 19-20.

286 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

3° son diagnostic, même provisoire, sur l'état mental de la personne;

4° outre ce qui est prévu à l'article 29 du Code civil du Québec (Lois du Québec, 1991, chapitre 64), son opinion sur la gravité de son état mental et ses conséquences probables;

5° les motifs et les faits sur lesquels il fonde son opinion et son diagnostic et, parmi les faits mentionnés, ceux qu'il a lui-même observés et ceux qui lui ont été communiqués par d'autres personnes.

La LPPÉM, devons-nous le rappeler, fut adoptée afin de compléter les règles du C.c.Q., tel qu'en fait foi son premier article.

Cet article 3 LPPÉM complète donc l'article 29 C.c.Q. cité précédemment. Lorsque le législateur indique, à cet article, que le rapport d'examen psychiatrique peut être divulgué aux parties, sans autre précision, c'est qu'il permet à la partie intimée d'en connaître tout le contenu, dont celui communiqué par des tiers. Il sera toujours possible pour le médecin de passer sous silence, dans son rapport, l'identité des tiers. Le paragraphe 5° de l'article 3 LPPÉM prévoit que les faits communiqués par d'autres personnes doivent être repérables et non que ces tiers doivent être identifiés.

Considérant les règles particulières établies par les articles 29 C.c.Q. et 3 LPPÉM pour les parties à une requête pour garde en établissement, nous ne croyons pas que la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹⁵⁰, en matière d'accès au dossier d'un usager, puisse recevoir application. Ses dispositions ne seront applicables que pour les personnes demandant accès à ces rapports sur la base de l'article 5 LPPÉM.

Pour appuyer un refus de signification des rapports d'examen psychiatrique à la personne qu'ils visent, certains soutiennent qu'un préjudice à la santé de cette personne résultera d'un accès à ces rapports. Voyons la portée de cet argument.

150. L.R.Q., c. S-4.2, art. 18 (ci-après *L.S.S.S.S.*).

Tout d'abord, considérant le texte même de l'article 29 C.c.Q., la partie a un droit d'accès clairement établi. Ce serait plutôt par la non-signification de la requête pour garde en établissement dans sa totalité qu'un préjudice pourra être évité. Les rapports d'examen psychiatrique étant la pièce maîtresse de chaque requête pour garde «régulière», ils en sont une partie intégrante. Par ailleurs, nous devons nous rappeler que l'article 779 C.p.c. prévoit le caractère exceptionnel de toute dispense de signification.

Toutefois, il sera possible pour le tribunal, avec parcimonie, de manière exceptionnelle compte tenu de la règle expresse prévue à l'article 29 C.c.Q., de recourir aux pouvoirs qui lui sont attribués par le biais de l'article 766 C.p.c. afin de fixer des modalités à la communication. Cet article 766 C.p.c. est cité précédemment.

En 1992, dans l'affaire *McInerney c. MacDonald*, la Cour suprême du Canada établissait des balises relativement à la portée du droit d'accès à un dossier médical. Bien que le contexte actuel diffère, l'opinion de la Cour suprême du Canada peut être utile pour cerner le caractère exceptionnel de la non-communication.

La non-divulgence peut être justifiée s'il y a un risque réel que le patient ou un tiers subisse un préjudice. Voilà la raison la plus convaincante de refuser l'accès aux dossiers médicaux. Cependant, même dans ce cas, il n'y a pas lieu d'exercer promptement le pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer les renseignements. Surtout dans les cas qui ne mettent pas en cause les intérêts de tiers, le tribunal devrait exiger des raisons sérieuses avant d'entériner la décision de refuser l'accès. Comme le fait observer H. Beatty dans son article "The Consumer's Right of Access to Health Care Records" (1986), 34 Just Cause 3, à la p. 3, des postulats paternalistes tels que "ce qui est dans le meilleur intérêt du patient" avaient peut-être plus de poids à l'époque où les patients étaient peu instruits ou peu renseignés sur les soins de santé et s'en remettaient au médecin de famille en qui ils avaient toute confiance. Toutefois, ces postulats [TRADUCTION] «ne sont plus applicables de nos jours car le consommateur n'a habituellement que de brefs contacts avec un grand nombre de fournisseurs de soins médicaux et d'établissements de santé, dont aucun ne le connaît assez pour déterminer "ce qui est dans son

meilleur intérêt". Évaluer «ce qui est dans le meilleur intérêt du patient» est une tâche complexe. La non-divulgence peut elle-même nuire au bien-être du patient. Si l'accès est refusé, le patient peut conjecturer sur ce que contiennent les dossiers et s'imaginer des problèmes plus graves que ceux qui existent vraiment. En outre, le bien-être physique du patient doit être soupesé en fonction de son droit de disposer de lui-même. Tous deux méritent d'être protégés. Bref, les patients devraient avoir accès à leurs dossiers médicaux dans tous les cas, sauf de rares exceptions. En temps normal, ces dossiers devraient être divulgués à la demande du patient, sauf s'il est très vraisemblable que leur divulgation aura un effet néfaste important sur la santé physique ou mentale ou sur l'état émotionnel du patient ou qu'elle causera du tort à un tiers.¹⁵¹

En résumé, nous croyons que, d'une manière générale, la communication des pièces aux parties lors de la signification d'une requête pour garde en établissement a été établie et confirmée par la législation, par la jurisprudence et par la doctrine. Dans ce contexte, les juges de la Cour du Québec doivent s'assurer que des motifs sérieux sont présents pour passer outre à ce droit à la communication des pièces et ne refuser cette communication que dans de rares exceptions (pour reprendre les termes de la Cour suprême du Canada).

À notre avis, la non-communication injustifiée des rapports d'examen psychiatrique est un accroc procédural important qui nécessite réparation. À cet effet, l'article 766 C.p.c., tout particulièrement à ses paragraphes 3^o et 5^o, permet au tribunal, par exemple, de reporter l'audition de la requête afin de permettre aux parties d'avoir accès aux pièces et de les analyser. Malheureusement, ce report aura alors l'effet pervers de prolonger une garde préventive ou une garde provisoire non désirée, sans qu'une autorisation du tribunal en bonne et due forme soit obtenue, ce qui aurait pu être évité si les règles procédurales avaient été respectées.

À l'article 32 de la LPMM, une amende était prévue advenant que l'une des dispositions de cette loi était enfreinte. Une telle disposition ne s'est pas

151. *McInney c. Macdonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, 157-158.

retrouvée dans la LPPÉM, notamment parce que la disposition 32 de la LPMM n'aurait jamais été utilisée et car d'autres recours s'avéreraient disponibles pour assurer un respect des dispositions de la LPPÉM¹⁵². Nous conviendrons tous qu'il sera très difficile, pour une personne réellement dangereuse pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental, d'obtenir gain de cause dans un recours en responsabilité civile. La demande de dispense de signification des rapports d'examen psychiatrique, sans justification réelle, pourrait s'avérer une situation où la mise en place d'une amende serait à revoir.

La signification des rapports d'examen psychiatrique est une garantie procédurale permettant aux personnes visées par une procédure en matière de garde en établissement d'obtenir toute l'information nécessaire à la compréhension du processus judiciaire ainsi qu'à la préservation de leurs droits et libertés. Par conséquent, elle se doit d'être respectée, sauf dans les circonstances vraiment exceptionnelles.

B. Les délais : Talon d'Achille du cadre procédural

Le cadre procédural en matière de garde en établissement comporte plusieurs délais à identifier et à respecter. À l'exception du délai de signification qui ne peut être interprété ainsi, «il s'agit ici de délais de rigueur dont le non-respect invalide le processus d'évaluation psychiatrique. Il ne s'agit plus de délais suggérés, même si ces délais sont courts et peuvent soulever des difficultés.»¹⁵³

Ce sont ces délais qui permettront, tant à la personne visée qu'aux autres parties qui se voient signifier la procédure, d'obtenir toute l'information nécessaire à la compréhension du processus judiciaire ainsi qu'à la préservation de leurs droits et libertés.

Puisqu'il s'agit d'une atteinte à un droit fondamental prévu dans les chartes des droits et libertés, toutes les dispositions qui encadrent la garde forcée en établissement doivent recevoir une interprétation

152. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, *supra* note 86 aux pp. 15-18.

153. J.-P. Ménard, *supra* note 105 à la p. 473.

290 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

restrictive et être appliquées avec un constant souci de limiter le plus possible les atteintes aux droits fondamentaux de la personne. De là toute l'importance que revêt l'encadrement procédural entourant la garde forcée en établissement, qui vient assurer le respect d'une rigueur minimale dans l'application de cette loi.¹⁵⁴

Par conséquent, les délais constituent le second volet de notre analyse des garanties procédurales.

1. Le non-respect du délai de signification : une atteinte aux droits judiciaires

La signification, dans son ensemble, a été longuement discutée au cours du premier chapitre de cette seconde partie. C'est maintenant le délai pour cette signification qui sera l'objet de notre réflexion.

C'est à l'article 779 C.p.c., examiné précédemment, que l'on retrouve le délai de signification de toute procédure en matière de garde en établissement. Cette disposition ne présente aucune ambiguïté et ne laisse aucune place à l'interprétation. Le délai de signification qu'elle prévoit est D'AU MOINS UN JOUR FRANC.

L'expression «jour franc» signifie que le jour de la signification n'est pas compté ni celui de la présentation de la requête.¹⁵⁵

Les commentaires du Ministre de la justice au sujet de l'article 779 C.p.c. sont éloquents. Référant à la situation d'urgence généralement vécue en matière de garde en établissement, celui-ci exprime la nécessité de délais de présentation, et par conséquent de signification, très courts¹⁵⁶. Ainsi, le délai d'un jour franc est, selon ces commentaires, un délai minimal qui tient compte du contexte de l'urgence.

154. A.-M. Veilleux et H. Allard, *supra* note 77 à la p. 151.

155. J. Forget, *supra* note 136 à la p. 10.

156. MINISTRE DE LA JUSTICE, *supra* note 139 à la p. 268 : «Enfin, le délai de présentation de la demande est très court, puisqu'il s'agit généralement de cas urgents.»

Malgré ceci, dans les cas d'urgence, l'article 773 C.p.c. a été édicté par le législateur afin de permettre au tribunal d'abréger les délais prévus au Titre II (De certaines procédures relatives aux personnes et aux biens), dont celui prévu à l'article 779 C.p.c. Les commentaires du Ministre de la justice concernant cette disposition prévoient d'ailleurs expressément les matières relatives à l'intégrité de la personne¹⁵⁷.

Selon notre analyse, il appert que, souvent, l'urgence alléguée résulte des courts délais de présentation qui seront discutés au prochain point. Dans plusieurs requêtes examinées, une demande d'abréger les délais de signification nous semble présentée au tribunal dans le seul but de respecter le délai de présentation. L'irrespect du délai de signification dans un tel contexte est difficilement excusable.

Le délai d'un jour franc prévu à l'article 779 C.p.c. est déjà court lorsqu'il est question, pour une personne vulnérable, d'exercer ses droits fondamentaux de recourir à l'assistance d'un avocat¹⁵⁸ ou de préparer une défense pleine et entière¹⁵⁹. Le tribunal doit faire preuve de retenue lorsqu'il lui est demandé d'abréger ce délai sur la base de l'article 773 C.p.c., ce qui ne semble malheureusement pas être le cas actuellement. Au moins 42% des requêtes analysées n'ont pas été signifiées à la partie intimée en respectant le jour franc de signification. Nous n'avons pu évaluer le reste.

Selon certains, dont l'auteur de ce texte, le délai de signification d'un jour franc doit être respecté pour toutes les parties à la procédure judiciaire et non pas être limité à la signification de la procédure à la personne qu'elle vise, soit la partie intimée.

Le *Code de procédure civile* prévoit que la requête doit être signifiée au moins un jour franc avant sa présentation tant à la personne de qui

157. *Ibid.* à la p. 264 : «Cet article prévoit la possibilité pour le tribunal d'abréger les délais, compte tenu du fait que certaines demandes introduites par requête suivant les règles particulières du présent titre II peuvent présenter un caractère d'urgence, notamment celles relatives à l'intégrité de la personne.»

158. *Charte canadienne*, art. 10; *Charte québécoise*, art. 29 et 34.

159. *Charte québécoise*, art. 35.

émane le refus de se soumettre à l'examen, qu'à une personne raisonnable de la famille de la personne au sujet de laquelle l'ordonnance est requise ou, le cas échéant, au titulaire de l'autorité parentale, au tuteur, curateur, ou mandataire, ou à la personne qui en a la garde ou qui démontre un intérêt particulier à cet égard. À défaut, la demande est signifiée au curateur public.¹⁶⁰

Reprenons l'article 779 C.p.c. :

779. La demande ne peut être présentée au tribunal ou au juge à moins d'avoir été signifiée à la personne qui refuse l'évaluation ou la garde au moins un jour franc avant sa présentation.

Cette demande est aussi signifiée à une personne raisonnable de sa famille ou, le cas échéant, au titulaire de l'autorité parentale, au tuteur, curateur, mandataire ou à la personne qui en a la garde ou qui démontre un intérêt particulier à son égard; à défaut, la demande est signifiée au curateur public.

Exceptionnellement, le juge peut dispenser le requérant de signifier la demande à la personne concernée s'il considère que cela serait nuisible à la santé ou à la sécurité de cette personne ou d'autrui, ou s'il y a urgence. [nous avons souligné]

Au second paragraphe de cette disposition, le terme «aussi» doit, à notre avis, être interprété comme une référence au même processus de signification que celui prévu au premier paragraphe, dont au délai. Cette interprétation permet au tiers, qui reçoit signification de la demande, d'assister la personne vulnérable dans l'exercice de ses droits fondamentaux. Or, nous l'avons vu précédemment, une disposition qui s'inscrit dans un processus portant atteinte à un droit fondamental prévu dans les Chartes québécoise et canadienne doit recevoir une interprétation restrictive et être appliquée avec un constant souci de limiter le plus possible les atteintes aux droits fondamentaux de la personne.

160. J.-P. Ménard, *supra* note 105 à la p. 468.

Cette interprétation s'inscrit, de plus, dans l'esprit des commentaires du Ministre de la justice relativement à l'article 779 C.p.c. où on laisse présumer un rôle plus que cosmétique au tiers à qui la demande est signifiée¹⁶¹.

Cet article reprend substantiellement le droit antérieur exprimé à l'ancien article 15 de la Loi sur la protection du malade mental, mais ajoute à la liste des personnes à qui la demande doit être signifiée. Cet ajout, vise à apporter une solution dans les cas où le malade n'a ni représentant, ni ami, ni famille. L'addition de la personne qui démontre un intérêt particulier à son égard constitue une harmonisation avec la réforme du droit des personnes en matière de consentement aux soins; par ailleurs, le recours ultime au curateur public vise les cas très exceptionnels où l'on ne peut trouver l'une ou l'autre des personnes énumérées. En ces cas, le curateur public pourrait non seulement assurer une représentation temporaire, mais également introduire, au besoin, une demande d'ouverture d'un régime de protection.¹⁶²

À notre connaissance, seul l'honorable Denis Charette, juge de la Cour du Québec, s'est prononcé au sujet du délai de signification.

Le législateur prend soin d'exiger un délai d'au moins un jour franc pour la signification à la personne, mais ne répète pas cette exigence pour la signification à une personne raisonnable de sa famille, ou à défaut, au curateur public, etc. Manifestement, le législateur n'avait pas l'intention d'exiger un délai fixe en ce qui concerne le curateur. Autrement, le délai d'au moins un jour franc aurait été répété, ou aurait été inscrit dans un autre paragraphe qui aurait fait référence aux deux premiers.

En conséquence, il faut conclure que le délai de signification au curateur public est laissé à l'appréciation du tribunal. Cependant, ce n'est pas une raison pour permettre au centre hospitalier de faire cette signification à la dernière minute. Il risque que le Tribunal exige, dans cette dernière situation, qu'un délai additionnel soit accordé pour

161. Le lecteur doit se référer au premier point du chapitre précédent pour une discussion plus étoffée à ce sujet.

162. MINISTRE DE LA JUSTICE, *supra* note 139 à la p. 268.

294 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

permettre au curateur public d'étudier le dossier et de prendre position
en toute connaissance de cause.¹⁶³

Avec tout le respect qui lui est dû, nous ne pouvons nous rallier à l'opinion du juge Charette. À notre avis, le législateur n'a pu vouloir prévoir un délai de signification fluctuant et laissé à l'interprétation du tribunal en ce qui concerne le tiers. C'est seulement par le biais de l'article 773 C.p.c. que le tribunal dispose de discrétion concernant le délai de signification et non par une interprétation contraire de l'article 779 C.p.c.

Parmi les cinquante requêtes analysées, le Curateur public du Québec ne s'était vu allouer au moins un jour franc de signification que dans quinze de celles-ci. Si le rôle du tiers est réellement d'assurer que les droits et libertés de la personne visée sont préservés, en veillant, de prime abord, à ce que les garanties procédurales soient respectées à la lecture même de la requête, une telle situation ne peut être tolérée.

En résumé, nous croyons que, d'une manière générale, le délai de signification d'au moins un jour franc se doit d'être respecté, tant pour la personne visée par la procédure que pour le tiers qui se voit signifier la demande. Les juges de la Cour du Québec doivent, dans ce contexte, exercer avec une vigueur renouvelée un rôle de chien de garde de ce délai et n'en accepter l'abrègement que dans de rares exceptions où des motifs sérieux seront allégués pour justifier l'urgence.

Encore une fois, un abrègement injustifié constitue, selon nous, un accroc procédural important qui nécessite réparation. À cet effet, l'article 766 C.p.c., tout particulièrement à son paragraphe 5^o, permet au tribunal, par exemple, de reporter l'audition de la requête, même de sa propre initiative, afin de permettre aux parties de disposer d'un délai minimal pour assurer un exercice des droits fondamentaux de la partie intimée de recourir à l'assistance d'un avocat ou de préparer une défense pleine et entière.

163. *Hôpital Jean-Talon c. F. P.*, *supra* note 143 aux pp. 6-7.

Nous l'avons constaté précédemment, la signification est une garantie procédurale permettant aux personnes visées par une procédure en matière de garde en établissement d'obtenir toute l'information nécessaire à la compréhension du processus judiciaire ainsi qu'à la préservation de leurs droits et libertés. Par conséquent, le délai minimal permettant d'en retirer un bénéfice se doit d'être respecté, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

2. Le non-respect des délais de présentation : une atteinte illégale à la liberté

En matière de garde en établissement, la durée de celle-ci est un élément essentiel à sa validité. Qu'elle soit expressément prévue par une disposition législative, lorsqu'il s'agit d'une garde préventive ou d'une garde provisoire, ou qu'elle soit fixée par le tribunal dans un jugement, lorsqu'il s'agit d'une garde 'régulière', elle se doit d'être respectée. Tout internement civil qui excède la durée prévue ou fixée, sans autre autorisation, se fait illégalement, en contravention du droit protégé fondamental à la liberté de la personne par les Chartes québécoise¹⁶⁴ et canadienne¹⁶⁵.

Mis à part la mise sous garde préventive qui peut être décrétée par tout médecin exerçant auprès d'un centre local de services communautaires disposant des aménagements nécessaires ou d'un centre hospitalier, seul le tribunal peut ordonner l'internement civil d'une personne qui s'y oppose, même lorsque celle-ci présente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental¹⁶⁶. Le tribunal doit alors se prononcer conformément à la procédure prescrite¹⁶⁷.

Le délai de présentation au tribunal d'une demande de garde en établissement se doit, dans ce contexte, d'être rigoureusement respecté. S'il est outrepassé, l'internement civil qui en résulte, sans autorisation, devient

164. *Charte québécoise*, art. 1 et 24.

165. *Charte canadienne*, art. 7 et 9.

166. Art. 26 C.c.Q. et s.; *LPPÉM*, art. 7. Le lecteur doit se référer à la première partie de ce texte pour plus de détails à ce sujet.

167. *Charte québécoise*, art. 24.

296 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

indubitablement illégal et la personne qui le demande doit être instantanément libérée¹⁶⁸.

Le délai de présentation d'une requête en matière de garde en établissement varie selon le type d'ordonnance recherchée et selon la situation en cours.

Nul ne peut être admis ou forcé de demeurer dans un établissement de santé ou de services sociaux sans son consentement, et ce, même en vue ou à la suite d'une évaluation psychiatrique. La violation de ce droit donne ouverture à un bref d'*habeas corpus* à la suite duquel le patient sera remis en liberté.

Les seules exceptions à ce principe se retrouvent aux articles 27 et 30 C.c.Q.

[...]

L'article 27 couvre donc deux situations : la garde ordonnée par le tribunal pour procéder à une évaluation psychiatrique, soit la garde provisoire, et la garde préventive permise sans ordonnance judiciaire, pour une durée maximale de 72 heures, lorsqu'il n'y a pas d'ordonnance. Quant à l'article 30, il confirme la nécessité d'une ordonnance du tribunal lorsque l'évaluation psychiatrique confirme la nécessité d'une telle garde.¹⁶⁹

Il a été exposé précédemment qu'il existe trois types de garde en établissement : la garde préventive, la garde provisoire et la garde «régulière».

Le délai de présentation d'une requête pour garde provisoire ou d'une requête pour garde «régulière» est, généralement, tributaire de la durée de la

168. Art. 28 C.c.Q.; *LPPÉM*, art. 7 et 12.

169. J.-P. Ménard, «L'impact de la Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui sur le consentement aux soins» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 237 aux pp. 261-262.

garde préventive. Il apparaît donc pertinent d'établir, en premier lieu, la durée fixée législativement pour ce type de garde.

a) *La durée de la garde préventive*

C'est à l'article 7 LPPÉM que le législateur a prévu la durée de la garde préventive. Selon cette disposition, le médecin qui, malgré l'absence de consentement, sans autorisation du tribunal et sans qu'un examen psychiatrique ait été effectué, met une personne sous garde préventive, ne le peut que pour une période de soixante-douze heures. Bien entendu, pour qu'une personne soit mise sous garde préventive, son état mental doit présenter, tel que discuté dans la première partie de ce texte, un danger grave et immédiat pour elle-même ou pour autrui.

Toujours selon cette disposition, la personne doit être libérée à l'expiration de la période de soixante-douze heures, à moins qu'un tribunal n'ait ordonné que la garde soit prolongée dans le but de lui faire subir un examen psychiatrique. Le délai de soixante-douze heures est ainsi de rigueur. Toutefois, si cette période se termine un samedi ou un jour non juridique, qu'aucun juge compétent ne peut agir et que cesser la garde présente un danger, une prolongation est permise jusqu'à l'expiration du premier jour juridique qui suit. Cette prolongation est prévue, dans la LPPÉM, en concordance avec le fonctionnement du système judiciaire, dont le fait que les tribunaux ne peuvent, notamment, siéger un jour non juridique.¹⁷⁰

À la lecture du Journal des débats relativement à l'étude détaillée du Projet de loi 39 (devenu la LPPÉM) par la Commission permanente des affaires sociales, il appert que cette durée de soixante-douze heures a donné lieu à de nombreux commentaires et discussions, tant à l'étape de l'étude détaillée qu'aux étapes qui l'ont précédée. Les propos du ministre de la Santé et des Services sociaux, M. Jean Rochon, responsable de la présentation du Projet de loi 39, se révèlent très éloquents.

^{170.} Art. 11 C.p.c.

Alors, on changerait les mots «quarante-huit heures» par «soixante-douze heures». Ça, c'est parce qu'il y a eu beaucoup de représentations qui avaient été faites, que, dans la pratique, 48 heures, c'est souvent un peu serré pour tout ce qu'il y a à faire pour se rendre au tribunal et que, très souvent, les gens, de toute façon, ne peuvent pas respecter ce délai. Mais, comme on ne veut pas que, les gens ne pouvant pas respecter le délai, il s'installe une tolérance de le dépasser, on a pensé que c'était mieux de mettre une balise réaliste, mais que la balise soit là et que les gens soient obligés de s'y soumettre.[sic]¹⁷¹

Et là j'ai un peu une liste qu'on a vérifiée de ce qui doit être fait de façon minimale avant d'arriver au tribunal. Alors, quand une personne arrive comme ça, il faut qu'on trouve une mise en cause, qu'on trouve un avocat, qu'on prépare la procédure. La procédure doit être signifiée à la mise en cause avec un délai de 24 heures, puis, finalement, on va obtenir l'ordonnance. Alors, c'est des délais excessivement serrés qui font que les gens nous ont dit : C'est à peu près jamais respecté; les gens, physiquement, n'y arrivent pas, même en procédant de toute façon. Alors, ou bien ils ne peuvent pas y arriver puis ils glissent en dehors du délai, puis, comme ce n'est pas par mauvaise volonté ou quoi que ce soit, on est obligé de tolérer de les laisser glisser. Puis, une fois qu'on a une tolérance, la balise n'est pas respectée, donc il n'y a plus de balise. Alors, on s'est dit : On est mieux de mettre une balise réaliste.[sic]¹⁷²

Il semble ainsi que la durée fixée à soixante-douze heures avait comme objectif d'éviter un relâchement et une tolérance des atteintes à la liberté des personnes sous garde préventive expirée. La durée de soixante-douze heures a été perçue comme une balise réaliste, permettant aux établissements de santé ou de services sociaux de remplir leurs diverses obligations avant la présentation au tribunal.

La garde préventive est, en soi, une atteinte importante aux droits fondamentaux de la personne qui y est soumise, peut-être même plus que les

171. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, *supra* note 69 à la p. 21.

172. *Ibid.* à la p. 22.

autres types de garde du fait qu'elle peut être décrétée si «aisément». Me Christine Baudouin et Me Magali Cournoyer-Proulx, dans un guide rédigé pour l'Association des hôpitaux du Québec, reconnaissent en ces termes l'atteinte importante aux droits fondamentaux d'une personne à sa liberté et à son intégrité que constitue la mise sous garde préventive :

La garde préventive est certainement celle qui déroge le plus au droit d'une personne à sa liberté et à son intégrité, puisqu'elle peut se faire sans même obtenir de consentement ou d'autorisation du tribunal et sans qu'un examen psychiatrique ait été effectué. Toutefois, cette dérogation se justifie par le fait que, dans la majorité des cas, la garde ne s'impose plus après la période de garde préventive de 72 heures (voir le *Mémoire concernant le Projet de loi n° 39*, AHQ, février 1997, p. 25). En effet, cette période est généralement suffisante pour permettre aux établissements d'observer et de stabiliser l'état de santé d'une personne dont l'état mental présente un danger grave et immédiat pour elle-même ou pour autrui.¹⁷³

Lors du choix de la durée maximale d'une garde préventive, ce raisonnement de l'Association des hôpitaux du Québec avait, semble-t-il, été retenu par les membres de la Commission permanente des affaires sociales.¹⁷⁴

Le choix d'une durée maximale de soixante-douze heures s'avérait donc un «ajustement avec la réalité en tenant compte que, dans bien des cas, ça peut empêcher d'être obligé de passer à une demande au tribunal.»¹⁷⁵

Souvent, la réalité des régions éloignées a été soulevée pour justifier un manque de respect aux règles procédurales. Or, il semble que la garde préventive se soit avérée une réponse à la situation particulière vécue dans ces régions qui ne peuvent avoir accès, en tout temps, au tribunal.

La loi actuelle prévoit qu'un médecin travaillant au sein d'un établissement peut admettre une personne sous garde, contre son gré

173. C. Baudouin et M. Cournoyer-Proulx, *supra* note 62 à la p. 12.

174. Québec (Province), Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, *supra* note 69 à la p. 22.

175. *Ibid.* à la p. 28.

et sans l'autorisation du tribunal, s'il considère que la situation est urgente. La nouvelle loi devra reprendre cette mesure, particulièrement nécessaire dans les régions éloignées lorsqu'un juge ne peut être rejoint immédiatement.¹⁷⁶

À l'exception de la prolongation expressément prévue à l'article 7 LPPÉM, le législateur, en fixant la durée de la garde préventive à un maximum de soixante-douze heures, souhaitait donc que le délai de présentation d'une requête au tribunal n'excède pas ce délai de rigueur.

Parmi les cinquante requêtes analysées, nous constatons qu'à peine 10% de celles-ci respectent la durée maximale de garde préventive législativement établie. Dans un peu plus de 50% des procédures judiciaires analysées, nous savons que cette durée est dépassée, alors que le reste ne révèle pas cette information¹⁷⁷. Selon ces statistiques, le relâchement que le législateur souhaitait éviter s'est hélas produit malgré le passage de quarante-huit à soixante-douze heures. Une atteinte aux libertés et droits fondamentaux de la personne en résulte.

La mise sous garde préventive peut mener directement à la présentation d'une requête pour garde «régulière» ou à la présentation d'une requête «intermédiaire», soit la requête pour garde provisoire. La requête pour garde «régulière» pourra être présentée lorsque la personne sous garde préventive a accepté de se soumettre à une évaluation psychiatrique composée de deux rapports d'examen psychiatrique, mais refuse, par la suite, la garde en établissement.

Aussi, dans la plupart des cas, la personne sous garde préventive consentira ou n'opposera aucun refus catégorique de subir une évaluation psychiatrique et l'établissement pourra alors procéder à cette évaluation durant la garde préventive. Si deux rapports d'examen psychiatrique concluent à la nécessité de la garde, l'établissement pourra alors obtenir une ordonnance de garde

176. MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *supra* note 21 à la p. 2.

177. À ce sujet, nous recommandons, dans la première partie de ce texte, que le tribunal exige cette information ou que le législateur la prévoit expressément.

régulière, sans nécessité d'obtenir une prolongation de garde. L'ordonnance de garde régulière devra cependant être obtenue à l'intérieur du délai de 72 heures de garde préventive.¹⁷⁸

Si la personne sous garde préventive refuse cette évaluation psychiatrique, l'autorisation du tribunal est requise pour l'y soumettre et pour prolonger la garde en établissement en conséquence. Il s'agit alors de la requête pour garde provisoire.

La garde préventive ne permet pas de soumettre contre son gré cette personne à une évaluation psychiatrique et cette garde ne peut excéder soixante-douze heures. Par conséquent, à moins que la personne ne soit libérée ou qu'elle n'y consente, l'obtention d'une autorisation du tribunal afin de garder provisoirement cette personne pour lui faire subir un examen psychiatrique s'avèrera nécessaire.¹⁷⁹

Lorsque la personne sous garde préventive refuse tout examen psychiatrique, le délai de présentation d'une requête pour garde en établissement est alors tributaire de la durée de la garde provisoire. Il apparaît donc pertinent d'établir, en deuxième lieu, la durée fixée législativement pour ce type de garde.

b) La durée de la garde provisoire

La mise sous garde provisoire peut survenir, sur ordonnance du tribunal, à deux moments distincts. Le premier, nous l'avons vu, survient lorsque la personne sous garde préventive refuse de se soumettre à une évaluation psychiatrique en temps opportun. Le tribunal prolongera donc, dans ce cas, la mise sous garde de la personne et lui ordonnera de se soumettre à l'évaluation psychiatrique requise. Le second moment survient lorsqu'une personne, qui ne peut être mise sous garde préventive parce qu'elle ne présentant pas un danger grave et immédiat, présente par ailleurs un danger pour elle-même ou pour

178. C. Baudouin et M. Cournoyer-Proulx, *supra* note 62 à la p. 12.

179. J. Forget, «Les établissements de santé : des partenaires dans la prise en charge des personnes dont l'état présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé mentale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 119 à la p. 133.

autrui en raison de son état mental. Dans ce cas, la personne devra être amenée à l'établissement, ne s'y trouvant généralement pas.

La durée d'une ordonnance de garde provisoire est prévue à l'article 28 C.c.Q. Il s'agit donc, à nouveau, d'une durée prévue législativement. Lorsque la personne est à l'établissement sous garde préventive, la garde provisoire ne pourra excéder une durée de quatre-vingt-seize heures. Lorsque la personne est amenée à l'hôpital à la suite de l'ordonnance de garde provisoire, la durée est plus longue. Elle est fixée à un maximum de cent quarante-quatre heures.

Non seulement cette disposition du C.c.Q. prévoit-elle la durée maximale d'une garde provisoire, mais elle prévoit également le moment où chacun des deux examens psychiatriques constituant l'évaluation psychiatrique doit être réalisé.

La computation des délais pour faire les examens varie selon que la personne est amenée à l'hôpital dans le cadre d'une ordonnance de garde provisoire ou selon qu'elle s'y trouve déjà sous garde préventive. [...]

Il s'agit ici de délais de rigueur dont le non-respect invalide le processus d'évaluation psychiatrique. Il ne s'agit plus de délais suggérés, même si ces délais sont courts et peuvent soulever des difficultés.¹⁸⁰

Selon cet article, un premier examen doit avoir lieu dans les vingt-quatre heures de l'ordonnance du tribunal, si la personne était déjà sous garde préventive, ou de la prise en charge par l'établissement. Si le médecin qui procède à ce premier examen conclut à la nécessité de garder la personne en établissement, un second examen doit être effectué, par un autre médecin, dans les quarante-huit heures de l'ordonnance du tribunal, si la personne était déjà sous garde préventive, ou dans les quatre-vingt-seize heures de la prise en charge.

180. J.-P. Ménard, *supra* note 105 aux pp. 472-473.

La réalisation des examens psychiatriques à intervalles précis est une nouveauté apportée par la LPPÉM.

Une nouveauté apportée par la nouvelle loi est que ces examens psychiatriques doivent désormais être effectués à l'intérieur de délais spécifiques *de rigueur*, contrairement à ce que prévoyait l'ancienne *Loi sur la protection du malade mental*, laquelle, à son article 7, indiquait que le premier examen psychiatrique devait être effectué «en autant que possible» dans les 24 heures suivant l'arrivée de la personne dans l'établissement.¹⁸¹

En ce qui concerne le respect des délais alloués pour la réalisation des rapports d'examen psychiatrique, notre analyse se révèle rassurante. Parmi les trente-huit premiers rapports réalisés où l'information est transmise par la procédure judiciaire, trente-cinq respectaient le délai de vingt-quatre heures. Parmi les trente-neuf seconds rapports réalisés, toujours alors que l'information est transmise par la procédure judiciaire, trente-trois requêtes respectaient le délai octroyé.

Les durées totales maximales de la garde provisoire établies précédemment à la lecture de l'article 28 C.c.Q. tiennent compte du délai de présentation de la requête pour garde en établissement prévu à cet article. En effet, lorsque les deux médecins concluent à la nécessité d'une garde en établissement, la personne peut être maintenue en garde provisoire pour un maximum de quarante-huit heures, sans son consentement ou l'autorisation du tribunal.

Si les deux médecins concluent à la nécessité de la garde, l'article 28 du C.c.Q. permet de maintenir la personne sous garde pour un maximum de quarante-huit heures sans le consentement de la personne et sans l'autorisation du tribunal. C'est, par conséquent, dans ce délai que l'établissement verra à demander au tribunal l'autorisation de garder la personne suite à l'évaluation psychiatrique si elle n'y consent pas. Ce délai est tellement court qu'il est difficile de le concilier avec

181. A.-M. Veilleux et H. Allard, *supra* note 77 à la p. 154.

304 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

les exigences procédurales prévues au Code de procédure civile, ne serait-ce que le respect d'un jour franc de signification.¹⁸²

Parmi les requêtes analysées, seulement onze étaient présentées à l'occasion d'une requête pour garde provisoire. Les statistiques obtenues relativement au maintien en garde provisoire pour une durée maximale de quarante-huit heures ne sont donc vraisemblablement pas très révélatrices. Toutefois, nous sommes inquiète de constater que ce délai n'est respecté que dans deux requêtes.

Le législateur a fixé un délai de présentation précis, mais comportant de nombreuses variables, lorsqu'une personne est mise sous garde provisoire. L'établissement devant procéder à une requête pour garde «régulière» doit maîtriser ces délais, d'autant plus que la prolongation expressément prévue à l'article 7 LPPÉM n'est pas reprise.

Il est essentiel que les personnes appelées à intervenir dans le cadre d'un dossier de garde en établissement ou d'évaluation psychiatrique connaissent davantage l'ensemble des règles applicables à cette discipline, ne serait-ce qu'en raison des conséquences qui pourraient résulter du rejet d'une demande pour des raisons procédurales.

Ce cadre procédural est également essentiel pour la protection des droits et libertés des personnes visées. Nous avons vu que ces règles résultent de l'amalgame de la pratique médicale en matière d'évaluation de la dangerosité et d'une démarche judiciaire dont l'objectif premier est la protection des personnes aux prises avec un problème de santé mentale et la protection du public.¹⁸³

Lorsque la personne se retrouve sous garde en établissement, que ce soit à la suite d'une garde préventive ou d'une garde provisoire, il peut survenir des situations où la durée accordée ne soit pas suffisamment longue pour contrôler la dangerosité présentée par la personne. Le délai de présentation d'une nouvelle requête pour garde «régulière» semble avoir été source de

182. J. Forget, *supra* note 179 à la p. 135.

183. L. Sénécal, *supra* note 68 à la p. 299.

questionnement. Il est donc pertinent d'établir, en troisième lieu, le délai de présentation d'une nouvelle requête pour garde «régulière».

c) *La présentation d'une nouvelle requête pour garde «régulière»*

Bien qu'elle ne soit pas prévue législativement, la durée de la garde «régulière» ne peut être de durée indéterminée. Elle doit alors être fixée par le jugement qui l'ordonne, tel que le prévoit l'article 30 C.c.Q.

Tout comme Louis Sénécal, nous sommes d'avis que la durée demandée doit être «soutenue d'une preuve médicale concluante en ce sens»¹⁸⁴. Elle doit également, comme le soutient Denise Boulet, être la plus courte possible.

L'importance dans notre législation du droit d'une personne à son autonomie et à sa liberté fait que la garde en établissement sera une mesure exceptionnelle, prise en dernier recours et dans les cas où le droit de toute personne à la protection de son intégrité est menacé. L'ordonnance doit donc être la plus courte et la moins contraignante possible et se baser uniquement sur l'état de dangerosité de la personne qu'il est nécessaire de protéger. Le tribunal fixera donc la durée de la garde mais, malgré ce délai, la garde prendra fin avant son expiration dès qu'elle n'est plus justifiée.¹⁸⁵

Selon l'honorable Pierre Verdy, juge de la Cour du Québec, le juge prononcera une «ordonnance de 21 jours à 30 jours selon les délais conservés aujourd'hui en pratique»¹⁸⁶. C'est également ce que propose Louis Sénécal, dans la mesure où la preuve médicale justifie une telle durée. Selon cet auteur, une première ordonnance devrait être fixée pour une durée maximale de 21 jours, afin de coïncider avec la production d'un rapport périodique prévu à l'article 10 LPPÉM¹⁸⁷.

184. *Ibid.* à la p. 287.

185. D. Boulet, *supra* note 108 à la p. 197.

186. *Grizenko c. X.*, *supra* note 102 à la p. 5.

187. L. Sénécal, *supra* note 68 à la p. 288.

Lorsqu'une ordonnance de garde «régulière» prend fin sans que la dangerosité de la personne concernée se soit estompée, seul ce même article 30 C.c.Q. semble recevoir application. Aucune disposition législative ne prévoit alors une quelconque prolongation à l'ordonnance de garde «régulière», ce qui rend difficile l'interprétation du délai de présentation.

Bien que, à notre connaissance, la Cour du Québec se soit prononcée à trois reprises sur la validité d'une deuxième garde «régulière», seul le nombre de rapports devant l'accompagner était l'objet de discorde. Après avoir confirmé que deux rapports devaient accompagner toute requête pour une nouvelle garde «régulière», la Cour du Québec ne s'est pas prononcée sur la procédure exacte devant être utilisée.

En conséquence, il ne saurait y avoir de «*prolongation d'ordonnance de garde*». À chaque fois qu'un établissement demande la garde en établissement, il s'agit d'une nouvelle demande, et la seule procédure possible est celle édictée par l'article 30 C.c.Q., où deux rapports d'examen sont requis.¹⁸⁸

Donc, la présente requête, improprement appelée en «prolongation» de garde, est régie par l'art. 30 C.c.Q. et non par l'art. 10 de la Loi et requiert deux rapports d'examens psychiatriques.¹⁸⁹

Puisque la loi ne comporte pas de dispositions spécifiques lors d'une prolongation de garde, l'article 30 s'applique et deux rapports d'examen psychiatrique doivent conclure à la nécessité de la garde, ce qui est le cas en l'espèce.¹⁹⁰

À notre avis, il suffit que deux rapports d'examen psychiatrique soient réalisés de façon contemporaine à la nouvelle requête pour garde «régulière». Par prudence, un délai d'au plus vingt-quatre heures devrait exister entre chaque examen, ce délai étant prévu tant lors de l'obtention d'une garde en établissement suite à la seule mise sous garde préventive que lors d'une

188. *Hôpital Jean-Talon c. F. P.*, *supra* note 143 aux pp. 5-6.

189. *Grizenko c. X.*, *supra* note 102 à la p. 16.

190. *B. R. c. R. B.* (29 janvier 1999), Amos 605-40-000049-991 (C.Q.), juge Bonin à la p. 5.

ordonnance de garde provisoire lorsque la personne dangereuse se trouve déjà à l'établissement. Tel que le propose le juge Verdy, «rien n'empêche l'établissement de se servir du rapport d'examen établi le 21^{ème} jour selon l'art. 10»¹⁹¹LPPÉM. «Le rapport sous l'art. 10 a d'abord et avant tout pour fonction de contrôler la nécessité de la garde, mais peut servir par la suite comme l'un des deux examens psychiatriques à l'appui de la requête pour une nouvelle garde en vertu de l'art. 30»¹⁹²C.c.Q. Si la requête n'est pas présentée au tribunal avant l'expiration de la première ordonnance et que la personne visée refuse toujours la garde en établissement, nous croyons finalement que le mécanisme de la garde préventive et de la garde provisoire devra recevoir application.

Aucune des requêtes analysées ne prévoyait une nouvelle garde en établissement. Nous ne pouvons donc nous inspirer de celles-ci pour conclure sur le délai de présentation dans ce contexte.

d) *Le non-respect des délais de présentation*

En résumé, qu'il s'agisse d'une requête pour garde en établissement ou à la suite d'une garde provisoire, les délais de présentation semblent trop souvent prolongés, entraînant régulièrement des détentions civiles illégales de personnes vulnérables et dangereuses. Néanmoins, les tribunaux ont, dans tous ces cas de détentions illégales, ordonné une garde en établissement. Selon l'honorable Denis Charette, juge de la Cour du Québec, le tribunal ne perd pas juridiction du seul fait d'une détention illégale.

Quant à la procédure, la partie intimée a été gardée à l'hôpital contre sa volonté et sans ordonnance pendant sept jours, alors que la loi autorise un maximum de 48 heures (art. 7) Il est vrai que certains hôpitaux ont tendance à garder les patients qui leur sont amenés pour un examen psychiatrique au-delà de la période prévue par la loi. Mais quel est le remède à une telle situation? Est-ce que, dans le cas où le directeur des services professionnels ou le centre hospitalier garde le patient en contravention avec la loi, le Tribunal perd juridiction pour décider d'une demande de garde en établissement? Est-ce que le

191. *Grizenko c. X.*, *supra* note 102 à la p. 10.

192. *Ibid.*

308 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

défaut de respecter une procédure doit prévaloir sur l'objectif de la loi qui est la protection du malade mental' Est-ce qu'il serait acceptable qu'une personne ne puisse recevoir de traitements, bien qu'elle puisse présenter un certain état de dangerosité, parce que l'hôpital l'a gardée au-delà de la période prévue par la loi' On connaît le risque qu'une personne dangereuse peut présenter pour elle-même ou pour la société. Pour elle-même, il peut y avoir risque de suicide, de mutilation, d'accident, ou de dérive physique et mentale.

Il existe un remède juridique dans une telle situation : le bref d'habeas corpus. Mais en dehors de ce remède, la solution est plutôt d'ordre administratif : les établissements doivent tout faire pour éviter de déroger à la loi.

En conclusion, bien que l'on doive déplorer que des patients soient gardés à l'hôpital durant une période qui dépasse le cadre légal, le Tribunal ne perd pas juridiction pour autant lors de la présentation d'une requête pour garde en établissement.¹⁹³

L'honorable Danielle Côté, juge de la Cour du Québec, confirme cette position jurisprudentielle.

Alors je partage les préoccupations de maître Cormier quant aux délais. Si la loi a prévu un délai de soixante-douze (72) heures, il y a des raisons à ça, c'est parce que nous sommes en train de travailler les libertés fondamentales et les droits fondamentaux. Je comprends qu'il peut y avoir des contraintes factuelles, mais ce n'est sûrement pas une excuse pour ne pas respecter les délais qui sont prévus dans la loi.

Ceci étant dit, ce n'est pas suffisant pour que devant moi je refuse de me prononcer sur le fond, la requête a été présentée parce qu'il n'y a rien dans la loi qui prévoit qu'elle devient irrecevable parce qu'on ne la présente pas dans les délais, [...].¹⁹⁴

193. *Laplante c. N. L.*, *supra* note 53 aux pp. 3-4.

194. *Montambault c. Harel*, *supra* note 93.

Or, comme le souligne Me Jean-Pierre Ménard, l'obtention d'un bref d'*habeas corpus* semble effectivement, dans ces situations, tout indiqué.

La loi prévoit un recours exceptionnel lorsqu'une personne est privée de la liberté illégalement. Par exemple, une personne est gardée contre son gré à l'hôpital au-delà du délai prévu pour la garde préventive; ou bien on l'informe que la garde en établissement a pris fin et on refuse de la laisser partir; ou encore, on néglige de faire dans le délai de rigueur prévu par la loi la révision périodique du bien-fondé de maintenir la garde. Dans tous ces cas, la personne visée pourrait demander l'obtention d'un bref d'*habeas corpus*. Cette procédure a un caractère exceptionnel, mais elle peut être nécessaire dans le cas de privation illégale de liberté.¹⁹⁵

Doit-on conclure du grand nombre de détentions illégales que ce recours est méconnu? La discussion que nous avons eue avec des procureurs de la défense qui ont tenté à plusieurs reprises ce recours révèle que la méconnaissance n'est pas en cause. On constate, à l'examen, que lors de la demande d'un bref d'*habeas corpus* pour une personne en «garde préventive» illégale, les juges de la Cour supérieure sont très réticents à remettre cette personne présumément dangereuse en liberté. Il y a communément suspension de cette procédure afin de permettre à l'établissement de présenter, séance tenante, la requête pour garde provisoire ou pour garde «régulière» devant un juge de la Cour du Québec qui, sauf de très rares exceptions, accorde ladite requête, corrigeant le défaut. Ces procureurs n'ont, à ce jour, obtenu aucun des brefs demandés.

Si le bref d'*habeas corpus* suscite de grandes réticences, la contestation du maintien d'une garde en établissement devant le Tribunal administratif du Québec¹⁹⁶ a déjà eu, dans un cas particulier, plus de succès.

Mais dans l'exercice de sa juridiction, le Tribunal administratif du Québec, saisi d'une requête en contestation du maintien de la garde, doit d'abord et avant tout, tenir compte du caractère particulier que

195. J.-P. Ménard, *supra* note 105 à la p. 486.

196. *LPPÉM*, art. 21.

310 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

revêt cette garde, privant une personne de sa liberté, en la détenant contre son gré. Nous ajoutons, paraphrasant ce que souligne Me Ménard : *nous estimons qu'il sera légalement plus facile d'amener à l'hôpital une personne dont l'état mental présente un danger pour elle-même ou pour autrui mais il sera plus difficile de l'y garder.*¹⁹⁷

À défaut, pour la personne internée illégalement, d'obtenir gain de cause devant le Tribunal administratif du Québec, peut-on croire que l'amende discutée précédemment pourrait convaincre les établissements d'agir avec une plus grande diligence? Si, dans certaines circonstances, il s'est avéré que la prolongation était exceptionnelle et incontournable, nous avons connu des situations où seule une mauvaise gestion administrative a privé des personnes illégalement de leur liberté pour des périodes pouvant aller jusqu'à deux semaines. De telles situations ne peuvent être tolérées. Nous devons donc conclure que le cadre procédural n'est pas entièrement garant du respect des libertés et droits fondamentaux.

Conclusion

Actuellement, nous constatons que l'entrée en vigueur de la LPPÉM n'a pas été une garantie d'un plus grand respect des libertés et droits fondamentaux de la personne soumise à un internement civil, tout particulièrement lors de son application judiciaire.

Les notions de danger d'une personne pour elle-même ou pour autrui, et d'état mental le sous-tendant, toutes deux issues du domaine médical et toutes deux essentielles à la mise en oeuvre de la LPPÉM, sont encore méconnues. Bien que la LPPÉM établisse des balises pour leur mise en preuve devant les tribunaux, la preuve qui en résulte n'est pas suffisamment détaillée et partant, souvent peu convaincante. L'inconfort de la Cour du Québec depuis la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Montambault c. Harel*¹⁹⁸, nuit à l'application de la LPPÉM dans le plus grand respect des libertés et droits fondamentaux.

197. *Affaires sociales* - 273, *supra* note 110 à la p. 12.

198. *Montambault c. Harel*, *supra* note 104.

Des difficultés importantes surgissent lors de l'application du cadre procédural, tout particulièrement en ce qui concerne la signification de la procédure judiciaire et les divers délais à respecter.

Sachant que la signification de la procédure judiciaire et des rapports devant y être joints permet à la personne visée d'obtenir toute l'information nécessaire à la compréhension du processus judiciaire et à la préservation de ses libertés et droits fondamentaux, les nombreuses dispenses accordées par les tribunaux étonnent et inquiètent. Il en est de même pour l'abrègement généralisé du délai de signification en l'absence, du moins en apparence, de motifs sérieux.

Les délais de présentation non respectés révèlent des internements illégaux, que le recours en *habeas corpus* ne semble pas pouvoir prévenir ou enrayer.

Bien que, comme l'honorable Normand Bonin, juge de la Cour du Québec, nous croyions que «tous ont à coeur la protection des personnes représentant un danger pour elles-mêmes ou pour autrui»¹⁹⁹, leur protection doit être assurée dans le respect de leurs droits fondamentaux.

Dans ce contexte, les tribunaux doivent se rappeler le rôle que le législateur leur a dévolu.

Il faut toutefois se rappeler le rôle que le législateur a dévolu à chacune d'elles [chaque discipline] dans le cadre d'une décision sur la garde en établissement d'une personne. La recommandation sur le plan thérapeutique relève du domaine médical tandis que le Tribunal se voit confier le devoir de vérifier si les conditions légales pour justifier la garde en établissement sont remplies.

Le point le plus litigieux dans un débat judiciaire sur la garde en établissement concerne la dangerosité de la personne pour elle-même ou pour autrui. Avec égards, le Tribunal croit qu'il revient aux médecins psychiatres de déterminer si les faits qu'ils ont constatés

199. *Lirette c. M. (C.)*, *supra* note 41 à la p. 1798.

312 *L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes*
dont l'état mental présente un danger pour (2002-03) 33 R.D.U.S.
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

indiquent, selon les données de la science médicale, un comportement qui représente un danger pour cette personne ou pour autrui. Il revient en revanche au Tribunal de vérifier, outre le respect de la légalité et de la procédure, l'existence et le sérieux des motifs allégués dans les observations des psychiatres qui les ont conduits à conclure à la dangerosité du patient.²⁰⁰

Les tribunaux se doivent donc de devenir plus vigilants afin d'assurer une application judiciaire de la LPPÉM dans le respect des droits fondamentaux des personnes qu'elle vise.

Ainsi, lorsque des atteintes sont portées aux droits fondamentaux, elles ne doivent l'être que dans la mesure nécessaire pour atteindre la fin recherchée, pourvu également que cette fin soit raisonnable et que les moyens utilisés pour l'atteindre soient proportionnels avec la fin recherchée. Cela signifie également que ces atteintes ne peuvent se produire que pour la durée minimale pendant laquelle elles s'avèrent nécessaires. [...]

Il sera également nécessaire d'en refléter précisément les justifications dans le dossier du patient, ce qui exige, de la part des intervenants, une analyse sérieuse de la justification de ces atteintes et la considération de moyens alternatifs pour les éviter, s'il en existe.²⁰¹

Nous avons constaté que, dans certaines circonstances, dont les délais de présentation illégalement prolongés, même une intervention vigilante des tribunaux ne peut prévenir ou mettre fin à certains abus. Dans ces cas, il serait souhaitable que le législateur envisage les ajustements appropriés, que ce soit par la mise en place d'amendes ou autrement.

Par ailleurs, le législateur a souhaité récemment clarifier le pouvoir d'appréciation du tribunal en matière de garde en établissement. Ainsi, le 8 novembre 2001²⁰², le ministre de la Justice, M. Paul Bégin, présentait à

200. C.H.A.L. c. T.I.B., *supra* note 51 à la p. 4.

201. J.-P. Ménard, *supra* note 19 à la p. 8.

202. À ce moment, la version initiale de ce texte avait déjà été déposée pour l'obtention du grade de Maître en droit.

l'Assemblée nationale le Projet de loi 50 intitulé *Loi modifiant le Code civil*. Une modification de l'actuel article 30 C.c.Q. y est proposée. Celui-ci se lirait désormais comme suit :

30. Le tribunal ne peut autoriser une garde en établissement à la suite d'une évaluation psychiatrique que si les deux rapports d'examen psychiatrique concluent à la nécessité de cette garde et s'il a des motifs sérieux de croire que la personne est dangereuse et que sa garde est nécessaire.
Même en l'absence d'une contre-expertise et nonobstant toute preuve qui pourrait lui être présentée, le tribunal refuse d'ordonner la garde s'il n'est pas convaincu de sa nécessité. [nous avons souligné]

De plus, il y est proposé la création d'un nouvel article 30.1 C.c.Q. où seul le troisième paragraphe serait de droit nouveau, les deux premiers paragraphes reprenant une partie de l'article 30 C.c.Q. actuel. Ce nouvel article se lirait comme suit :

30.1. Le jugement qui autorise la garde en fixe aussi la durée. La personne sous garde doit, cependant, être libérée dès que la garde n'est plus justifiée, même si la période fixée n'est pas expirée.
Toute prolongation de la garde au-delà de la durée fixée par le jugement qui l'a ordonnée doit être autorisée par le tribunal, conformément aux dispositions de l'article 30. [nous avons souligné]

Les difficultés que nous avons constatées dans l'interprétation du jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Montambault c. Harel*²⁰³ et en l'absence d'une autre cause devant cette Cour lui ayant permis de préciser davantage sa pensée justifient, à notre avis, l'éclaircissement recherché par le législateur. À cet effet, le premier paragraphe du nouvel article 30 C.c.Q. nous semble suffisant, puisqu'il établit déjà l'autonomie du tribunal vis-à-vis du contenu des rapports d'examen psychiatrique soumis. Par contre, nous nous interrogeons sur la pertinence du second paragraphe. Il nous semble que le premier paragraphe ne pourra être interprété comme exigeant une contre-

203. *Montambault c. Harel*, *supra* note 95.

L'application judiciaire de la Loi sur la protection des personnes
(2002-03) 33 R.D.U.S. dont l'état mental présente un danger pour 315
elles-mêmes ou pour autrui : *pour un plus grand respect des droits fondamentaux*

Tant qu'il n'existera pas de traitement scientifiquement prouvé pour les troubles mentaux, et tant que la marge d'erreur sera aussi grande, un régime juridique restrictif est justifié et constitue le meilleur gage de la protection de ces personnes et de leurs libertés et droits fondamentaux²⁰⁶.

206. C. Bisson, *supra* note 15 à la p. 2.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'INADÉQUATION ENTRE LE DROIT ET L'HISTOIRE

Auteur(s) : André ÉMOND

Revue : *RDUS*, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 317-376

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12304>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12304>

Page vide laissée intentionnellement.

L'INADÉQUATION ENTRE LE DROIT ET L'HISTOIRE

par André ÉMOND*

Quel rapport pouvons nous établir entre le droit d'une société à une époque donnée et son histoire sociale et politique? Y-a-t-il coïncidence absolue ou encore existe-t-il des différences importantes? Tout en ne niant pas les liens étroits entre ces deux branches du savoir, cet article rappelle cependant leur différence de nature : l'histoire politique et sociale a vocation d'objectivité, tandis que le droit n'est qu'une construction intellectuelle obéissant aux seules prescriptions de son auteur. Et c'est en raison de cette différence que les données du droit s'écartent fréquemment des données de l'histoire. On en voit l'illustration dans la notion de fiction du droit, une proposition reconnue comme vraie par le droit tout en sachant qu'elle ne correspond pas aux faits. Après une courte revue du rôle de la fiction en droit, l'article se poursuit par l'étude des principales fictions du droit constitutionnel anglais, parce que c'est là que les écarts entre le droit et l'histoire sont les plus marqués. Mais serait-il possible de réduire cet écart, voire de l'éliminer complètement? On répond à la question en examinant le pouvoir du juge de modifier le droit existant, en l'occurrence la common law dont il est l'auteur. Or, le pouvoir du juge n'est pas absolu; il ne lui permet pas de modifier certaines fictions du droit, lorsque ces fictions correspondent également à des principes fondamentaux de l'ordre juridique existant. L'auteur conclut que même le pouvoir du législateur en ce domaine n'est pas sans limite.

What is the connection between the law of a society at a given moment and its social and political history? Are they the same, or do they present significant distinctions? While acknowledging the link between the two, this article underlines their different nature: social and political history has a goal of objectivity, whereas the law is based upon a purely intellectual construction. Because of this, elements of the law often differ from historical data. A case in point is the notion of legal fiction, a proposition recognized by law as the truth, even though it does not conform to the factual situation. After reviewing the role of fictions in law, this article examines the main fictions of English constitutional law, because this is where the gap between law and history is most pronounced. Can this gap be reduced, even to the point it no longer exists? The question is answered by examining the power of judges to modify existing law, more particularly the common law which is of judicial origins. We see that this power is not absolute: judges cannot modify fictions when they also constitute fundamental principles of the existing legal order. The writer concludes that even the authority of legislators in this matter is not without limit.

*. Professeur agrégé au Département de droit et justice de l'Université Laurentienne.

SOMMAIRE

Introduction	321
I. Fiction et présomption irréfragable	323
A. Définition de la fiction juridique	324
B. Définition de la présomption irréfragable	325
II. Découplage entre le droit et l'histoire opéré par les fictions du droit constitutionnel anglais	327
A. Élaboration des principales fictions du droit constitutionnel anglais	328
1. Établissement du monopole de la Couronne sur les fonctions étatiques	328
2. Modalités d'exercice du pouvoir régalien de légiférer	333
3. Modalités d'exercice du pouvoir régalien de rendre justice	337
4. Modalités d'exercice du pouvoir régalien d'administrer le gouvernement	340
B. Réception des fictions juridiques dans les colonies	345
1. Elargissement des prérogatives de la Couronne : la fiction de l'acte d'État	345
2. Introduction des prérogatives régaliennes suite à un changement de souveraineté	349
3. Maintien subséquent des prérogatives de la Couronne	353
III. Potentiel limité du caractère révisionniste de la <i>common law</i>	356
A. Caractère révisionniste de la <i>common law</i>	357
1. L'évolution de la <i>common law</i>	357
2. Opposition entre les visions statique et dynamique de la <i>common law</i>	360
B. Capacité des tribunaux de réviser la <i>common law</i>	362

(2002-03) 33 R.D.U.S.	<i>L'inadéquation entre le droit et l'histoire</i>	319
1.	Caractère discrétionnaire de la décision judiciaire	362
2.	Règles régissant la discrétion judiciaire	365
3.	Limite de la discrétion judiciaire : le principe fondamental du droit	369
Conclusion		375

Introduction

Trop souvent a-t-on confondu, à tort, le droit d'une société avec son histoire. Tous peuvent s'égarer : des juristes¹, et encore plus naturellement des historiens², partent ainsi de faits pour en tirer des conclusions quant à l'état du droit à une époque donnée. Dans l'ignorance à peu près complète d'un système juridique, il est vrai que la proposition a de quoi séduire. Mais même lorsque les règles posées par l'autorité publique sont connues, le réflexe de celui qui aborde l'histoire du droit est trop souvent d'éradiquer toute contradiction apparente entre les deux branches de son sujet d'étude, aux dépens des règles juridiques «fautives». Il va donc tempérer leur portée, allant parfois jusqu'à nier ces règles, pour rétablir l'harmonie entre le droit et les faits³. Comme si tout écart n'était que le produit d'une pathologie du droit!

En vérité, l'histoire et le droit sont des concepts dissonants; les faits historiques constituent une réalité tangible, contingente, ayant vocation d'objectivité, tandis que les règles de droit ne sont que des constructions intellectuelles obéissant aux seules prescriptions de leur auteur, nullement bornées par le réel. Le droit peut donc produire sa propre réalité virtuelle. Il en est ainsi dans tous les systèmes juridiques occidentaux où l'emploi de fictions est généralisé. Ces fictions, comme leurs proches parentes les présomptions irréfragables, sont des procédés qui servent à optimiser les systèmes juridiques; ils opèrent un divorce voulu, conscient, entre le droit et les faits. Aux fictions et présomptions irréfragables on peut ajouter l'erreur, le mensonge, ainsi que le concept intermédiaire d'auto-tromperie. Bien que n'étant pas du droit, ils peuvent néanmoins conduire à son application erronée et produire, avec le passage du temps, un nouvel état de fait potentiellement générateur de normes légales.

-
1. Voir notamment l'article de S. Normand, «Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le régime français» dans A. Lajoie, J.M. Brisson, S. Normand et A. Bissonette, *Le statut juridique des peuples autochtones et le pluralisme*, Yvon Blais, Cowansville (Qc), 1996 à la p. 107 ou encore l'*obiter dictum* du juge en chef Lamer lors du procès *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 aux pp. 170-173.
 2. Comme dans l'opinion de D. Delâge livrée à la Cour supérieure du Québec pour *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Sioui*, [1995] R.J.Q. 2105 (C.S.) à la p. 2113.
 3. C'est la technique employée par les auteurs des textes auxquels les deux précédentes notes renvoient.

Des esprits éclairés pourraient vouloir changer cette situation. C'est en partie possible, d'autant plus qu'un système comme la *common law* reconnaît au jugement judiciaire une portée déclaratoire, entendre rétroactive, qui permet de réécrire le droit antérieur tel qu'il aurait dû l'être et d'en tirer des conséquences pour aujourd'hui : une sorte de révisionnisme juridique. L'ironie est que le caractère déclaratoire du jugement portant sur la *common law* est lui-même une fiction légale reposant sur l'idée que le juge découvre plutôt qu'il ne façonne le droit⁴. Toutefois, si certains tentent de corriger les effets légaux d'erreurs historiques ou encore de procéder à la déconstruction des fictions, ils se heurteront à la force d'inertie de la société et du système judiciaire qui la sert. En d'autres termes, ils découvriront que le droit est prisonnier de son histoire, tant et si bien que le poids du passé devient prépondérant lorsque les changements proposés portent atteinte de manière importante à l'architecture légale d'une société.

Nous commencerons par décrire brièvement les fictions légales et autres procédés qui leurs sont associés. Notre attention portera ensuite sur les principales fictions du droit constitutionnel anglais et leur réception en Amérique lors de la colonisation, car c'est là que la fracture entre le droit et l'histoire apparaît la plus marquée. Enfin, considérant le potentiel révisionniste de la *common law*, nous nous demanderons comment et dans quelle mesure il est possible d'établir une correspondance entre les données de l'histoire et celles du droit. Il faudra alors considérer la place que ces fictions occupent dans l'ordre juridique. Notre objectif demeurera modeste : nous ne désirons pas tirer de notre étude des conclusions arrêtées sur des questions juridiques précises qui nous serviront d'illustrations, seulement tempérer le réflexe que plusieurs ont de confondre trop aisément le droit et l'histoire. Précisons également que notre analyse, d'essence positiviste, porte sur le système juridique vu comme un tout cohérent, fixé par un ensemble de règles ou de normes dont la sanction est assurée par un appareil d'État. Il s'ensuit que telle conclusion sur une question

4. Cette fiction est néanmoins reconnue pour ce qu'elle est : voir *Kleinwort Benson Ltd. c. Lincoln City Council*, [1999] 2 A.C. 349 aux pp. 358- 359, Lord Brown-Wilkinson (dissident pour d'autres motifs) aux pp. 378- 379, Lord Goff of Chieveley aux pp. 393-394, Lord Lloyd of Bewick (H.L.) [ci-après *Kleinwort Benson Ltd.*] et *Giannarelli c. Wraith* (1987-1988), 165 C.L.R. 543 aux pp. 584-587, juge Brennan (H.C. Aus.).

ou une autre peut varier selon le système juridique choisi, mais la démarche du rapport du droit à l'histoire reste la même.

I. Fiction et présomption irréfragable

Les fictions et les présomptions irréfragables sont d'un usage fort ancien; leur filiation directe remonte au moins au temps de l'Empire romain⁵ et elles se sont propagées depuis lors dans tous les systèmes de droit occidentaux⁶. Fictions et présomptions sont en outre omniprésentes, intimement mêlées au tissu du droit, au point des les rendre quasi invisibles pour le praticien. L'élévation de certaines d'entre elles au rang de dogme y a certes contribué.

Une telle règle commune aux systèmes de *common law* et romano-germanique est la présomption *res judicata pro veritate habetur*. Elle exprime l'idée qu'un jugement définitif doit être considéré comme la vérité. C'est une présomption irréfragable, incontestable si l'on préfère, que le jugement soit ou non entaché d'erreur, qu'il corresponde ou non à la réalité⁷. Une autre règle est que nul n'est censé ignorer la loi, une fiction cette fois, surtout connue en droit criminel. Elle empêche la défense d'ignorance de la loi; *ignoranti juris non excusat* selon sa formulation latine. Il y a bien sûr contradiction avec la réalité puisque personne ne connaît toutes les lois criminelles auxquelles il est assujéti⁸. Ces deux exemples suffisent pour éclairer le lecteur avant d'ébaucher une définition de la fiction juridique qu'on distinguera, chemin faisant, de la présomption irréfragable en droit.

5. P.J.J. Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, Rotterdam, Rotterdam University Press, 1975 aux pp. 3-25.

6. J.-L. Bergel, «Le rôle des fictions dans le système juridique» (1988) 33 R.D. McGill 357 à la p. 360 et D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2000 aux pp. 6-9.

7. L'interprétation jurisprudentielle de la maxime a été codifiée en droit civil québécois à l'article 2848 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

8. La maxime a été codifiée en droit canadien à l'article 19 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

A. Définition de la fiction juridique

De nombreuses définitions de la fiction juridique ont été avancées par autant d'auteurs qui se sont penchés sur son étude⁹. Pour sa simplicité, et quitte à la préciser par la suite, retenons celle proposée par Henri Capitant : la fiction est «un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques»¹⁰.

La définition de la fiction comporte un certain nombre d'éléments constitutifs dont le plus important, pour notre propos, est qu'elle met de l'avant une proposition différente de la réalité, au moins substantiellement différente ou même contraire à celle-ci. Une fiction ne vise pas à tromper; elle n'est ni mensonge, ni erreur, puisque sa fausseté est connue tant par son auteur que par ses destinataires. En ce sens, la fiction contredit la vérité de manière conventionnelle¹¹. D'ailleurs la fiction juridique tient en partie sa légitimité comme procédé de ce qu'elle se présente à visage découvert.

Bien que fausseté en regard des faits, la fiction juridique est néanmoins acceptée comme une vérité, une proposition reconnue comme vraie par le droit. Personne ne devrait donc avoir l'idée de contester une fiction en invoquant pour seul motif sa fausseté factuelle, celle-ci faisant partie de son caractère, de son essence. Il va de soi qu'il est toujours possible de demander d'en changer les modalités d'application, voire de réclamer son abandon, mais en plaissant des motifs telles une situation imprévue et totalement nouvelle, ou plus simplement

-
9. Voir notamment Olivier, *supra* note 5; D. Costa, *supra* note 6; H.S. Maine, *Ancient Law*, London, J. Muller, 1906; L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967; Ch. Perelman et P. Frier (dirs.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1974; P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dirs.), *Actualités de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987; J.L. Bergel, *supra* note 6; et le juge G. Létourneau, «Les fictions en droit public», Conférence prononcée à l'Université de Montréal, Montréal, février 2000 [non publiée].
 10. H. Capitant, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1936, s.v. «fiction». Cette définition a été reprise par H. Reid dans son *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, s.v. «fiction».
 11. Voir Costa, *supra* note 6 à la p. 52.

la désuétude de la fiction en cause. Cela nous amène à considérer la raison d'être des fictions.

La fiction est un procédé de technique juridique. Elle sert d'outil pour atteindre des objectifs déterminés par son ou ses auteurs, les institutions productrices de normes légales. Ces objectifs varient : ils tendent notamment à protéger l'ordre social, à redresser des injustices, ou encore à assurer la cohérence interne du système juridique¹². Et c'est en raison de son utilité, en regard des objectifs poursuivis, que la fiction juridique existe, qu'elle trouve sa légitimité finale. Or, ceux-ci peuvent être redéfinis, à la marge comme en profondeur, jusqu'à l'abandon, ou encore ils peuvent être atteints autrement, sans avoir à respecter intégralement la fiction. Par conséquent la fiction juridique, qui n'est après tout qu'un outil, doit être adaptée. Rappelons notre exemple de fiction : «nul n'est censé ignorer la loi», dont les objectifs sont d'encourager la connaissance de la loi et le respect de la légalité. Dans le cas contraire, toute personne pourrait choisir les lois qu'elle respecterait. Il deviendrait alors difficile de prouver, en plus de l'infraction pénale, la connaissance de la loi qui la fonde. Attentives aux dits objectifs, les cours de justice ont néanmoins estimé qu'ils pouvaient être respectés même en admettant une entorse à la fiction. Il s'agissait en l'occurrence d'excuser une infraction pénale lorsqu'un inculpé avait agi sur la foi de faux renseignements livrés par les autorités gouvernementales¹³. Quoique la fiction ait continué d'exister, elle y a perdu son ancien lustre dogmatique.

B. Définition de la présomption irréfragable

N'admettant pas de preuve contraire, la fiction juridique participe aux règles de fond et non aux règles de preuve. Elle ressemble en cela à la présomption irréfragable. Toutefois, à la différence de la fiction qui est certainement la légitimation du faux, la présomption irréfragable reconnaît pour vrai un fait qui peut être aussi bien faux que vrai. Elle est donc une vérité hypothétique¹⁴.

12. Voir Bergel, *supra* note 6 à la p. 361.

13. *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

14. Voir P. Foriers, «Présomptions et fiction», dans Ch. Perelman et P. Foriers, *supra* note 9 à la p. 7.

Évitons ici de confondre la présomption irréfragable avec la présomption simple. Cette dernière ressemble à la présomption irréfragable, en ce sens qu'elle constitue également une vérité hypothétique, mais, à la différence de l'autre, la présomption simple n'est qu'un moyen de preuve pour démontrer *prima facie* l'existence d'un fait; elle peut donc être renversée par l'administration d'une preuve contraire.

Une présomption irréfragable est établie par commodité pour des motifs de même nature que la fiction juridique. Pas plus que la fiction, la présomption irréfragable ne cherche à tromper; la possibilité d'une erreur est clairement admise, et acceptée, en contrepartie des bénéfices tirés de son application. «Le jugement définitif doit être considéré comme une vérité» était notre exemple de présomption irréfragable. Ancrée dans une politique judiciaire promouvant l'intérêt public, elle vise à assurer la sécurité et la stabilité des rapports sociaux en empêchant la multiplication sans fin des procès et jugements contradictoires¹⁵. La présomption, bien que toujours d'actualité, souffre également d'exceptions qui en atténuent le caractère dogmatique¹⁶. On vient d'ailleurs d'ajouter à cette liste en ouvrant la porte au Canada à une catégorie indéfinie de cas dit exceptionnels¹⁷. C'est que, comme toute autre présomption, elle est susceptible d'être modifiée ou de disparaître pour les mêmes raisons qu'une fiction juridique.

Nous assimilerons désormais les présomptions irréfragables aux fictions juridiques, étant donné leur proche parenté dans le rapport qu'elles entretiennent avec la réalité.

Selon la tradition civiliste, il était interdit d'avoir recours à une fiction juridique lorsqu'on ne pouvait appliquer toutes ses conséquences légales¹⁸. De fait la fiction devenait inutile. L'impératif d'effectivité, d'efficacité d'une

15. *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Arnold c. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) [ci-après *Arnold*].

16. Les exceptions traditionnellement reconnues sont la fraude ou la découverte d'une nouvelle preuve déterminante qu'on ne pouvait raisonnablement connaître au moment du procès.

17. Voir *Hockin c. Bank of British Columbia* (1993), 123 D.L.R. (4th) 538 (C.A. C.-B.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1995] 3 R.C.S.

18. Voir Olivier, *supra* note 5 aux pp. 77-78.

norme, aurait dit Hans Kelsen, n'est cependant pas le propre de la fiction : il est commun à l'ensemble des règles de droit dont il est une condition de validité¹⁹. On peut bien sûr retarder l'application d'une règle de droit, même très longtemps. C'est une situation bien connue en droit de la procédure, quand l'impossibilité d'exécuter un recours suspend sa prescription. Le principe en a été étendu au droit colonial; les Britanniques avaient effectivement coutume de suspendre, sans les abandonner, des prétentions juridiques qu'ils se savaient incapables d'appliquer pour le moment²⁰. Évidemment il y a toujours une limite, un délai, pas toujours facile à préciser, au-delà duquel prétendre à l'existence d'une règle inapplicable devient futile.

Les fictions sont des procédés de technique juridique qui contredisent ou ignorent la réalité de manière consciente et acceptée. De là vient l'essentiel de l'hiatus entre les données du droit et celles de l'histoire. Ce qui reste d'écart s'explique par les erreurs, mensonges et auto-tromperies de ceux chargés de conduire les affaires de leur gouvernement. Nous y reviendrons plus tard. Entre-temps, voyons comment en pratique s'est opéré le découplage.

II. Découplage entre le droit et l'histoire opéré par les fictions du droit constitutionnel anglais

Il faut attendre les révolutions du XVII^e siècle pour voir naître en Angleterre une synthèse du droit constitutionnel qui a survécu jusqu'à nos jours. Or, à cette époque, les Anglais croyaient que la *common law* était le seul droit que leur pays ait jamais connu. Comme la *common law* est principalement d'origine coutumière, et que les juristes insistaient sur le caractère immémorial de la coutume, les Anglais ont naturellement retrouvé dans leur passé le plus lointain le droit de leur époque²¹. Que ce passé ait été reconstruit, ré-interprété,

19. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Neufchatel (France), Éditions de la Baconnière, 1988 à la p. 28.

20. F. Jennings, *The Invasion of America : Indians, Colonialism, and the Cant of Conquest*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1975 à la p. 119.

21. J.G.A. Pocock, *L'ancienne constitution et le droit féodal*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000 à la p. 50 et s.

pour les besoins d'alors, cela ne fait aucun doute²². Il était resté suffisamment ambigu pour cela. Mais il a indéniablement servi à édifier le droit constitutionnel que l'on connaît aujourd'hui, d'où l'utilité d'un retour à cette époque reculée.

A. Élaboration des principales fictions du droit constitutionnel anglais

1. Établissement du monopole de la Couronne sur les fonctions étatiques

Aux temps des Saxons, des Angles et des Jutes, après que ces peuples d'origine germanique eurent colonisé l'Angleterre et formé leurs premiers royaumes, toute l'autorité publique reposait entre les mains du roi. Celui-ci, pour des raisons d'opportunisme politique, l'exerçait conjointement avec une assemblée des hommes les plus importants du royaume du nom de *Witenagemot*, ce qui signifie conseil des sages, ou plus simplement *Witan*, les hommes sages²³. Le roi légiférait d'ailleurs le plus souvent avec ce conseil. Enfin il déclarait le droit du royaume. En effet, dans le pays, et sauf exceptions, le droit se limitait aux coutumes, ces anciens usages ou pratiques d'application générale auxquels on avait reconnu un caractère légalement contraignant. Le roi venait simplement les clarifier et leur ajouter un surplus d'autorité. Il procédait à ce que l'on appelle aujourd'hui une codification du droit en vigueur²⁴. Au roi incombait aussi la charge de protéger les plus faibles, orphelins, veuves et commerçants, comme d'assurer la sécurité publique contre les vols et les actes de violence, en somme d'appliquer les lois²⁵. Il possédait en outre le pouvoir suprême en matière d'administration de la justice, pouvoir qu'il exerçait à

22. La reconstitution du passé n'est pas une fin en elle-même; inspirée par un intérêt actuel, elle tend à une fin actuelle, a écrit Raymond Aron dans son *Introduction à la philosophie de l'histoire : essai sur les limites de l'objectivité historique*, Paris, Gallimard, 1948 à la p. 147.

23. H.R. Loyn, *The Governance of Anglo-Saxon England 500-1087*, Stanford University Press, Stanford (Californie), 1984 aux pp. 66 et 130; A. Williams, *Kingship and Government in Pre-Conquest England c. 500-1066*, MacMillan Press, London/New York, 1999 aux pp. 49, 50, 58 et 93-96.

24. Loyn, *ibid* aux pp. 42, 43 et 67. Les derniers rois anglo-saxons ont cependant modifié le droit à la marge, exerçant ainsi un véritable pouvoir de législateur : *ibid.* aux pp. 105-106.

25. *Ibid* à la p. 44.

l'égard de tous, noblesse et populace. Tout autre tribunal du royaume exerçait des pouvoirs délégués par lui²⁶.

Le roi anglo-saxon désignait normalement son héritier parmi les membres de sa famille élargie. Lorsque ce candidat faisait consensus, il occupait sa charge à la mort de son parent et, sans autre difficulté, faisait confirmer son titre par le *Witan*. Mais en cas de crise, lorsque la succession était incertaine, le *Witan* pouvait procéder à une véritable élection pour choisir le nouveau roi. Il pouvait même destituer le roi en fonction lorsque celui-ci se montrait gravement incompétent²⁷.

À son décès, Édouard le Confesseur, roi saxon, laissa justement un héritage contesté. Invoquant une ancienne promesse du Confesseur le désignant comme héritier, Guillaume de Normandie en a profité pour envahir le royaume et conquérir la Couronne d'Édouard aux dépens de l'autre prétendant, le Saxon Harold. Nous étions en 1066. Ses succès lui ont permis de s'approprier de vastes domaines, terres du roi défunt, terres des seigneurs ayant combattu aux côtés du prétendant, qu'il a redistribués en partie à ses combattants normands, conservant le reliquat pour lui. Comme il se présentait en successeur du roi Édouard, il a déclaré vouloir régner selon les anciennes coutumes anglo-saxonnes. Ce sont les révoltes continuelles des habitants, provoquées il est vrai par les exactions des soldats de Guillaume, qui ont convaincu le Conquérant de consolider l'implantation en Angleterre du système féodal, celui en vertu duquel il gouvernait déjà son duché français de Normandie. Guillaume a donc introduit en Angleterre le service militaire de chevalerie et l'a rendu d'application universelle. Sa manière de procéder a été de confisquer les terres des seigneurs anglo-saxons qui avaient pris part aux soulèvements de 1069-1070, soit le plus grand nombre, pour les redonner en tenure féodale à ses seigneurs et lieutenants normands²⁸. Il pouvait ainsi faire reposer son pouvoir légal sur ce qui fondait dans les faits son pouvoir réel : son armée. Quant au peu de seigneurs saxons restant, Guillaume les a confirmés dans leurs droits.

26. *Ibid.* aux pp. 68, 129 et 130.

27. *Ibid.* à la p.18.

28. *Ibid.* à la p. 180; M. de Boüiard, *Guillaume le Conquérant*, Paris, Fayard, 1984 aux pp. 392-395.

Cette vaste entreprise d'appropriations, de redistributions et de confirmations de titres a permis de considérer que l'ensemble des droits de propriété du royaume trouvaient leur origine dans une concession du monarque, soit directement, soit indirectement. Il s'agissait d'une première fiction du droit jusque-là inconnue en Angleterre²⁹. Guillaume a dû cependant adapter la féodalité, telle qu'elle se vivait sur le continent, en retenant plusieurs des caractéristiques centralisatrices de l'ancien régime anglo-saxon.

Selon sa conception idéalisée, le système féodal forme une structure sociale de type pyramidal. Au sommet de la pyramide trône le roi. Celui-ci distribue une partie de son domaine à des barons, ses tenanciers en chef dont il est le seigneur. Il leur garantit la possession de ces terres et, pour donner corps à sa promesse, y joint la protection de ses armes ainsi que de sa cour de justice, car être seigneur d'une personne comporte le droit de lui rendre justice. En échange les barons encourent des devoirs envers leur roi, appelés des aides, qui sont de nature financière ou sous forme de services. Parmi ces derniers on compte le service militaire qui consiste à fournir au roi un certain nombre de chevaliers, le devoir de le conseiller lorsque appelé par lui à siéger aux divers conseils du royaume et, surtout, l'engagement de lui être fidèle en toutes choses. L'échange de promesses entre le roi et ses vassaux constitue un contrat à la base du système féodal qui se répète jusqu'au bas de la hiérarchie. En effet, afin de remplir leurs propres obligations à l'égard du roi, les barons transfèrent à leur tour des terres à des seigneurs de rang inférieur, des chevaliers, qui en font autant en concédant une partie de leur domaine à des paysans. Tout comme le roi, les barons exercent à l'égard des chevaliers, et les chevaliers à l'égard des paysans, des pouvoirs de justice et commandent leur fidélité et obéissance. Normalement un seigneur se contente d'administrer ses rapports avec ses vassaux directs et ceux de ses vassaux entre eux, n'intervenant aucunement dans les relations qu'entretiennent ses protégés avec leurs propres dépendants. Le faire aurait été vu comme un manquement aux droits féodaux des vassaux concernés.

Scellé par un serment sous l'égide de l'Église, le contrat féodal est un engagement qui ne peut être abrogé unilatéralement. Ne pas le respecter peut

29. Loyn, *ibid.*; Boüard, *ibid.* à la p. 69.

entraîner l'excommunication du seigneur fautif, une sanction très grave car, du coup, tous les vassaux du délinquant se trouvent déliés de leur propre promesse à son égard. Ce qui fait que tout seigneur, y compris le roi, se voit contraint par son serment au même titre que ses vassaux; ils sont indissolublement liés par ce que l'on a appelé un lien de confiance mutuelle³⁰. Le contrat féodal ne peut donc être modifié ou abrogé que de l'accord des deux parties ou par la mort de l'une d'entre elles, auquel cas la terre revient en possession du seigneur qui l'avait concédée par droit de déshérence.

En qui réside la souveraineté dans le royaume, celui qui ne connaît aucun supérieur? Elle appartient nominalement au roi. Son droit de gouverner découle du fait qu'il est considéré comme l'unique propriétaire, le détenteur du titre ultime ou radical des terres de son royaume³¹. Les autres n'ont que des droits personnels. Mais parler de souveraineté territoriale à l'époque de Guillaume tient de l'anachronisme puisque seuls comptent les liens personnels unissant un seigneur à ses vassaux, liens qui les suivent où qu'ils se trouvent, à l'intérieur comme à l'extérieur du royaume. Le pouvoir de gouverner s'exerce donc directement sur des personnes, parce qu'elles se sont liées par contrat et non parce qu'elles se trouvent sur un territoire donné. Au surplus ce pouvoir de gouverner est partagé entre le roi, ses barons et leurs chevaliers. Conséquemment le roi ne pourrait être considéré comme le véritable souverain de son royaume, même en faisant abstraction du fondement contractuel des institutions. S'il faut situer le lieu de la souveraineté dans une société féodale, elle résiderait plutôt dans l'assemblée de tous les seigneurs. Le concept de souveraineté territoriale est donc étranger au monde féodal. Toutefois, le régime féodal contient en germe l'idée de souveraineté territoriale qui s'épanouira du moment que le roi pourra exercer son autorité sur tous les habitants de son royaume, sans égard aux liens de vassalité. Ce fut en partie l'oeuvre de

30. G.D.G. Hall, dir., *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Oxford, Clarendon Press, 1993 à la p. 107.

31. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 1, 7^e éd, London, Sweet and Maxwell, 1956 aux pp. 19-28 [ci-après Holdsworth (vol. 1)]. En Angleterre, la confusion entre propriété et souveraineté a pu se réaliser grâce à la conquête et aux confiscations du conquérant, d'après F. Pollock et F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. 1, 2^e éd., 1898, réimpression par Cambridge University Press, Cambridge, 1966 à la p. 69 [ci-après Pollock et Maitland (vol. 1)].

Guillaume de Normandie. Avec lui commença l'édification de l'État d'Angleterre.

Guillaume de Normandie a dérogé au système féodal en imposant à tous les hommes libres d'Angleterre, et non seulement à ses vassaux directs, un serment d'allégeance à sa couronne³². C'était une conception anglo-saxonne déjà en usage sous les prédécesseurs du roi Édouard le Confesseur³³. Par ce moyen Guillaume a brisé le lien vassalique, puisque l'homme d'un seigneur, quel qu'il soit, devenait également l'homme du roi. Sa justice, ses lois, son gouvernement pouvaient dès lors s'étendre à tous. Il s'y employa notamment en accroissant les pouvoirs judiciaires et administratifs de ses officiers locaux, les shérifs, aux dépens des grands seigneurs. Autre manquement au droit féodal, Guillaume a continué la pratique d'un impôt universel sur tous les biens, appelé *Danegeld* sous l'ancien régime³⁴. Contrairement à son cousin français, qui devait partager son autorité avec des vassaux souvent aussi puissants que lui, le roi Guillaume s'était donc rapproché de la condition d'un véritable souverain dans ses terres d'Angleterre.

Plusieurs des prédécesseurs du Conquérant ont tenté de maintenir la réalité de ce pouvoir suprême et presque absolu à l'encontre des barons qui s'y sont opposés en s'appuyant sur l'intangibilité des coutumes. Les barons ont d'abord cité leur contrat féodal qui, par définition, ne pouvait être modifié ou révisé que de l'accord des parties. Ils ont également invoqué les chartes qui ont été successivement accordées par les rois lors de leur couronnement, une pratique qui remontait au régime anglo-saxon, puis reprise par le Conquérant pour marquer sa légitimité³⁵. Il est vrai que le contenu de cette charte n'était pas fixé par la coutume. On y promettait normalement de faire bonne justice, de promulguer des lois justes et de gouverner avec équité et humanité, en somme

32. Voir l'article 2 des *Laws of William the Conqueror* dans D.C. Douglas et G.W. Greenaway (éd.), *English Historical Documents, 1042-1189*, 2^e éd., London/New York, Eyre Methun et Oxford University Press, 1981 à la p. 431.

33. J. Boussard, *Le gouvernement d'Henri II Plantagenêt*, Paris, Librairie d'Argences, 1956 aux pp. 388-389.

34. Cet impôt fut institué par le Witenagemot afin de financer la guerre contre les envahisseurs danois (les Vikings) (*ibid.* à la p. 392). Voir aussi Pollock et Maitland (vol. 1), *supra* note 31 à la p. 92.

35. De Boüard, *supra* note 28 à la p. 344.

des promesses assez vagues et peu contraignantes. Mais, quelquesfois, sous la pression des barons, des prétendants au trône comme Henri I et Étienne ont dû promettre beaucoup plus : ils se sont engagés dans leur charte à respecter et à faire respecter les droits de chacun, à maintenir les lois justes et à abolir les mauvaises coutumes, puis suivait une liste détaillée de promesses précises. Plus encore, les rois Henri I et Étienne ont reconnu qu'ils devaient leur couronne au consentement des barons, reconnaissant par là un caractère contractuel à l'institution monarchique³⁶. On y voit la préfiguration de la *Magna Carta* de 1215 concédée par Jean sans Terre et les débuts du constitutionnalisme anglais. Certes, les rois, même ceux qui ont prétendu à l'absolutisme, ont admis être soumis au droit. Tout dépendait alors de la définition qu'on en donnait, un problème laissé sans réponse par la charte du roi Jean et qui a donné lieu à de nombreux conflits.

2. Modalités d'exercice du pouvoir régalien de légiférer

Selon le droit féodal, tel que revu et modifié par Guillaume I et ses successeurs immédiats, le roi possédait en principe toute l'autorité publique. Il l'exerçait au sein de sa *Curia Regis*, un organisme composé en principe de tous ses barons (les lords pairs du royaume), des ministres et juges qu'il nommait, ainsi que de toute autre personne convoquée par lui. Cela ne signifie pas que le roi réunissait toujours la *Curia Regis* en formation plénière; il pouvait choisir d'exercer telle ou telle autre de ses prérogatives au sein d'un comité restreint. C'est ainsi que le roi a administré les affaires courantes du gouvernement, comme l'application des lois, la collecte des impôts, la conduite des armées et celle des affaires étrangères avec l'aide d'un petit conseil, son conseil des ministres, plus tard appelé le Conseil privé. Après avoir créé les cours de justice royales, il les a opérées en s'attachant des juges dont l'autorité, supérieure aux autres justices féodales comme à celles de l'Église, s'étendait à tous dans tout le royaume³⁷. Enfin, le roi a décrété les nouvelles lois, soit avec son petit conseil, le Conseil privé, soit avec son grand conseil, la formation plénière de la *Curia Regis*. Dans un cas on appela ces lois des chartes et dans l'autre des

36. La charte du couronnement de Henri I est reproduite dans Douglas et Greenaway, *supra* note 32 aux pp. 432-434.

37. C'est Henri II qui finalement a imposé l'autorité de ses cours de justice sur celles de l'Église par ses *Constitutions de Clarendon* de 1164, *ibid.* aux pp. 766-770.

constitutions ou assises. Mais quelle que soit la forme, l'acte de légiférer est demeuré un acte du roi seul; les conseils n'exerçaient en effet qu'une autorité consultative. De la même façon l'acte de juger a continué d'être un acte du roi. C'est d'ailleurs en personne que le plus souvent il a rendu justice au sein de sa *Curia Regis*. Notons d'autre part qu'une même personne pouvait cumuler les fonctions de ministre, de législateur et de juge. Il n'a jamais existé en droit anglais un principe de séparation stricte des pouvoirs.

Si le roi possédait en théorie juridique toute l'autorité publique, il ne pouvait l'exercer en autocrate qu'à son propre péril. Voilà pourquoi, bien avisé, il se faisait assister dans ses conseils par les plus puissants du royaume, du moins ceux dont l'appui était nécessaire pour exercer efficacement l'autorité publique. C'est pour avoir négligé cet aspect de la politique vérité que plusieurs rois, de Jean sans Terre à Charles I et Jacques II, ont suscité des révoltes armées qui les ont terrassés. La théorie juridique a bien peu de poids face aux armes.

Édouard I, qui régna de 1272 à 1307, a été l'un des rois qui a gouverné sagement³⁸. Il a donné sa véritable impulsion à une nouvelle institution appelée le *Concilium Regis in Parlamento*, ou plus simplement Parlement. Suivant un précédent établi sous son père Henry III, Édouard, en 1295, a convoqué en plus des habitués de la *Curia Regis* des représentants élus de chaque comté, bourg, ville et port de mer. Ils étaient les députés des communes. L'assemblée de 1295 a été rétroactivement baptisée le «Parlement modèle» parce que sa composition en lords et en communes annonçait le modèle suivi depuis. Le Parlement a cumulé les droits de son organisme prédécesseur, la *Curia Regis* : il était à la fois cour suprême de justice et législateur pour le royaume. Comprendons qu'il ne s'agissait au début que d'une pratique; encore bien longtemps, le roi a continué de légiférer aussi bien avec son Conseil privé qu'en son Parlement, sans résoudre définitivement la question de savoir quel type de législation, des chartes royales ou des statuts du Parlement, devait l'emporter sur l'autre en cas de conflit. D'après un statut adopté au temps d'Édouard I, l'accord des lords et

38. M. Prestwich, *Edward I*, 2^e éd., New Haven et Londres, Yale University Press, 1997 aux pp. 436-468.

des communes réunis en Parlement avec le roi ne semblait obligatoire que pour la levée de nouveaux impôts³⁹.

Les premières tentatives pour établir la primauté des statuts du Parlement sur les chartes royales remontent aux règnes d'Édouard II (1307-1327) et Édouard III (1327-1377). Lors des cérémonies de couronnement, les barons obligèrent les deux Édouard à promettre sous serment le maintien des lois que le peuple se choisirait, une référence claire aux statuts du Parlement. Cela s'ajoutait à la traditionnelle charte des droits concédée à cette occasion. Peu avant le couronnement du roi Richard II, en 1377, le serment ainsi rédigé paraissait avoir acquis force de coutume. Du moins c'est ce que les communes ont cru⁴⁰. Alors, pour revenir à l'ambiguïté d'avant, les conseillers de Richard ont réussi à modifier son serment : celui-ci ne s'y s'est engagé à maintenir que les lois justes et raisonnables que le peuple se choisirait⁴¹. Bien sûr le roi se réservait la faculté de les qualifier ainsi. Comme il n'existait aucune cour de justice suffisamment indépendante du roi pour le contredire, pour garantir ce que l'on appellerait aujourd'hui la primauté du droit, il ne restait aux parties lésées que l'arme de la révolte pour obtenir justice. Le noeud gordien fut finalement dénoué lors de la révolution de 1688.

Sous Charles I, la question du pouvoir du roi de modifier ou suspendre les lois du royaume par décret royal n'était toujours pas résolue. Pas plus que l'on avait de réponse quant à la forme du droit la plus élevée : *common law* ou statut du Parlement⁴². En 1628, quand le Parlement a présenté à Charles sa *Pétition de droit*⁴³, une liste des violations du droit par le roi et ses ministres, il n'a pas remis en cause la légitimité de la monarchie comme principe de gouvernement. Il a commencé par poser l'existence d'un droit supérieur au monarque, un droit immémorial, contenu dans la *common law* et les anciennes

39. *Ibid.* à la p. 457.

40. En effet, les communes ont déclaré que les statuts ne pouvaient être abrogés sans le consentement du Parlement, d'après S.L. Waugh, *England in the Reign of Edward III*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 à la p. 203.

41. N. Saul, *Richard II*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1997 à la p. 25.

42. E. Schnapper, «The Parliament of Wonders» (1984) 84 *Colum. L. Rev.* 1665 à la p. 1676.

43. Le texte de la *Pétition de droit* est reproduit en partie par D. Frison, N. Bensoussan et W. Hutchison, dans *Civilisation britannique : Documents constitutionnels*, Paris, Ellipses, 1993 aux pp. 99-101.

lois adoptées par les rois Jean et Édouard III, qui avaient enchâssé les libertés fondamentales du peuple anglais. Tout comme Charles tenait son titre de ses ancêtres, ses sujets devaient avoir hérité des libertés dont leurs ancêtres avaient joui sous les prédécesseurs de Charles, ont raisonné les parlementaires. Charles I, poussé dans ses derniers retranchements, a reconnu être soumis au droit, incluant l'obligation de respecter les droits historiques de ses sujets, mais voulait conserver le monopole de son interprétation⁴⁴. Nous n'étions pas beaucoup plus avancés. Par ailleurs, une autre logique sous-tendait les plaintes concernant les violations des statuts du Parlement. D'après les communes et les lords, le roi Charles pouvait limiter ses prérogatives en ratifiant un projet de loi du Parlement, puisque lui-même reconnaissait être lié par les anciennes lois des rois Jean et Édouard III. La voie des statuts semblait donc plus prometteuse aux parlementaires qu'un recours aux insaisissables anciennes libertés⁴⁵. Un nouveau statut pouvait clarifier ce contrat original entre le roi et son peuple⁴⁶. Pareil argument, poussé à sa limite, revenait toutefois à préconiser un régime de suprématie parlementaire. Quoique le Parlement ait limité sa demande au respect des anciennes lois, cet argument n'était donc pas plus acceptable pour Charles que le précédent.

Irréaliste dans son évaluation du rapport de force qui l'opposait aux communes, Charles I a finalement été capturé et exécuté par un tribunal révolutionnaire mis sur pied par Cromwell au terme d'une longue guerre civile. Charles II, bénéficiaire de la restauration de la monarchie à la mort du dictateur Cromwell, a persévéré dans les prétentions de son père de pouvoir suspendre l'application des statuts du Parlement, ici au bénéfice des catholiques frappés d'interdit d'occuper les charges publiques⁴⁷. Jacques II, le frère de Charles, a même été jusqu'à se convertir à la foi honnie avant d'accéder au trône en 1685. La naissance d'un héritier mâle à Jacques II laissait alors présager la

44. Schnapper, *supra* note 38 à la p. 1681; M. Duchein, *Charles I : L'honneur et la fidélité*, Paris, Éditions Payots et Rivages, 2000 aux pp. 117-119.

45. Schnapper, *ibid.* aux pp. 1676-1677.

46. C'est le rôle qu'a joué le *Bill of Rights* de 1688 selon W. Blackstone dans *Commentaries on the Laws of England : A facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. 1, Chicago, University of Chicago Press, 1979 à la p. 226 [ci-après Blackstone (vol. 1)].

47. Charles avait adopté la *Déclaration d'indulgence* de 1672 par laquelle il suspendait les lois pénales à l'encontre des catholiques. Voir Frison, Bensoussan et Hutchison, *supra* note 43 aux pp. 132-133.

perpétuation d'une dynastie catholique. C'en était trop pour les Anglais qui l'ont chassé avec l'aide des candidats choisis par le Parlement pour lui succéder : le seigneur protestant Guillaume d'Orange et son épouse Marie, la fille aînée de Jacques II. Comme condition de leur élévation, ceux-ci ont toutefois approuvé une déclaration des droits des Anglais qui deviendra, une fois sanctionnée par eux, le *Bill of Rights* de 1689⁴⁸. Ce statut reconnaissait enfin clairement le pouvoir exclusif du Parlement de légiférer et la suprématie de sa législation sur tout autre pouvoir, bref que la souveraineté réelle résidait dans le roi en son Parlement.

Ne nous égarons pas : légiférer est demeuré un acte du roi mais cet acte, pour être considéré valable par le droit, dépendait désormais d'une approbation préalable de la Chambre des communes et de la Chambre des lords réunies en Parlement. Juge en chef de la Cour du banc du roi de 1671 à 1675, Mathew Hale avait déjà défendu ce point de vue quelques années avant la révolution de 1688⁴⁹. La formule d'édiction des lois, encore en usage aujourd'hui, atteste de son actualité⁵⁰.

3. Modalités d'exercice du pouvoir régalien de rendre justice

L'évolution des pouvoirs régaliens en matière de justice a suivi un chemin parallèle. Sous la dynastie des rois normands, le pouvoir judiciaire suprême reposait entre les mains du roi qui l'a exercé au milieu de sa *Curia Regis*. Trop occupé à d'autres tâches, cette cour ne jugeait cependant que les affaires les plus importantes. C'est pour soulager les travaux de sa cour, en même temps qu'étendre son influence, qu'Henri II a créé une nouvelle cour de

48. 1 Gul. & Mar. Sess. 2, c. 2, reproduit dans Great Britain, *The Statutes of the Realm*, vol. 6, London, Printed by Command of His Majesty King George the Third in pursuance of an Address of the House of Commons, 1810 à la p. 134.

49. «Reflections by the Lrd. Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue on the Lawe», reproduit dans W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 5, 3^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1945 aux pp. 500-513 [ci-après Holdsworth (vol. 5)].

50. «Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows :» Voir les textes de lois reproduits sur le site internet du gouvernement anglais, en ligne : <[http ://www.uk-legislation.hmso.gov.uk/acts.htm](http://www.uk-legislation.hmso.gov.uk/acts.htm)>.

justice, la Cour des plaidoyers communs, et revigoré les anciennes institutions de l'Échiquier et des juges itinérants. Son petit-fils le roi Henri III a continué son oeuvre en créant la Cour du banc du roi. Ensemble, ces cours de justice ont élaboré un nouveau système de droit applicable dans tout le royaume. Elles ont puisé leurs règles à même les coutumes saxonnes, le droit féodal importé de France, ainsi que les chartes, constitutions et assises des premiers rois normands⁵¹. Ce nouveau droit portera différents noms en différentes langues au cours de différentes époques : on dira tour à tour *lex terrae*, *communem legem*, *commune ley* ou *common law*.

Pendant longtemps les cours royales sont demeurées un instrument au service du roi. Ce dernier pouvait y siéger d'office, puisqu'elles rendaient justice en son nom. On en trouve de nombreux exemples sous les règnes des rois Henri III, Edouard I et Edouard II. Toutefois, cela arriva de moins en moins souvent, la complexification et la professionnalisation consécutive du droit aidant⁵². À l'occasion, les rois ont continué de faire sentir leur présence en imposant au juge la décision à prendre. Dans un premier effort pour rendre indépendant, l'administration de la justice, le Parlement a voté en 1328, sous le règne d'Édouard III, le *Statut de Northampton*⁵³. La nouvelle législation devait empêcher le roi d'ordonner un verdict et, si de tels ordres étaient néanmoins donnés, le statut exigeait des cours de justice qu'elles les ignorent⁵⁴. L'intention était bonne, quoique exprimée maladroitement; il aurait fallu un juge bien courageux pour contrarier la volonté déclarée du roi, alors que sa carrière et sa fortune dépendaient totalement de lui, de sa prérogative de le révoquer selon son plaisir.

Les interventions du roi dans le déroulement des procès se firent plus rares. Il est vrai que pendant les XIV^e, XV^e et XVI^e siècles, tant les juges que les avocats évitaient tout ce qui ressemblait à un débat sur l'étendue des prérogatives royales, notamment le pouvoir du roi face à la *common law* et aux

51. R.V. Turner, «The Origins of Common Pleas and King's Bench» (1977) 21 A.J.L.H. 238.

52. Holdsworth (vol. 1), *supra* note 31 à la p. 207.

53. 2 Edw. III, reproduit dans Great Britain, *The Statutes of the Realm*, vol. 1, London, Printed by Command of His Majesty King George the Third in pursuance of an Address of the House of Commons, 1810 à la p. 257 [ci-après *Statutes of the Realm* (vol. 1)].

54. Art. VIII, *ibid.* à la p. 259.

statuts du Parlement. Trop de dangers les guettaient. Ce débat, on l'a vu, s'est finalement conclu par les armes et non dans l'arène judiciaire. On devra donc attendre après 1689 pour que le Parlement, sa suprématie reconnue, s'intéresse à nouveau au sort du système judiciaire. Son objectif : s'assurer que les cours de justice mettent en oeuvre sa volonté, à l'abri des interventions du pouvoir exécutif, soit le gouvernement, qui a continué pour un temps d'être l'instrument du roi.

C'est en votant l'article III de l'*Act of Settlement*⁵⁵ que le Parlement de 1701 a mis en place les mécanismes nécessaires à l'administration d'une justice indépendante. Les juges ont enfin vu leur traitement déterminé et établi par la loi et ils occupaient désormais leur charge à titre inamovible, sous réserve d'un congédiement pour cause sanctionné par une résolution des deux chambres législatives. Le roi, de par sa prérogative, a continué de nommer les juges siégeant dans ses cours.

Selon Edward Coke, juge en chef des Plaidoyers communs dans la première moitié du XVII^e siècle, le roi a perdu son pouvoir de décider personnellement du sort d'un litige du moment qu'il a délégué ses pouvoirs aux juges des cours royales⁵⁶. Mais le roi était demeuré, en stricte théorie juridique, source de toute justice⁵⁷, de la même façon que l'acte de légiférer lui appartenait encore. Il en a d'ailleurs tiré des avantages considérables sur le plan de la procédure, dont le plus connu a été son immunité et celle de son gouvernement contre les poursuites judiciaires incarnée par la maxime «The king can do no wrong». Coke a également défendu le principe d'une judicature indépendante. Il alla jusqu'à affirmer la suprématie de la *common law* sur la prérogative royale, suscitant ainsi la colère de Jacques I. Selon les idées qui avaient cours, le courageux Coke pouvait toujours se justifier en prétextant qu'il ne faisait que déclarer l'état du droit et que la *common law*, ainsi révélée, avait toujours existé.

55. 12 & 13 Wil. III, c. 2, art. III, reproduit dans Great Britain, *The Statutes of the Realm*, vol. 7, London, Printed by Command of His Majesty King George the Third in pursuance of an Address of the House of Commons, 1810 à la p. 637. Voir également le Renvoi : *Juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3 à la p. 172, juge La Forest.

56. *Prohibitions Del Rey*, (1608) 12 Co. Rep. 63, 77 E.R. 1342.

57. «The Sovereign, by virtue of the prerogative, is the source and fountain of justice, and all jurisdiction is derived from her» (*Halsbury's Laws of England*, vol. 7, 3^e éd., London, Butterworths, 1954 à la p. 240).

Un demi-siècle plus tard Mathew Hale a défendu les idées de Coke. Après avoir rendu hommage au caractère immémorial de la constitution anglaise, considéré comme source de sagesse et donc de légitimité, il a réitéré la théorie de la plénitude des pouvoirs du roi, dans la mesure où ceux-ci étaient tempérés par la présence tout aussi ancienne des droits et libertés fondamentaux de ses sujets⁵⁸. Certes la pensée de Hale était plus nuancée que celle de son prédécesseur : il admettait que la *common law*, tout en étant coutume immémoriale, avait évolué sous l'effet des vieilles lois d'avant mémoire (avant Henry II et ses fils Richard I et Jean) et des premiers statuts (sous Henry III, Édouard I et II). Quoi qu'il en soit, il trouvait imprudent de bouleverser l'édifice constitutionnel en remettant en cause ses principes fondateurs, ceux que l'on vient d'évoquer⁵⁹. C'est donc par un conservatisme conscient et non en vertu d'une approche dogmatique que Hale a continué dans la ligne de pensée de Coke. L'œuvre des deux magistrats a imprégné la conscience juridique, au point que leur lecture du droit est devenue l'interprétation acceptée⁶⁰. On en retrouve d'ailleurs la substance dans les travaux de William Blackstone publiés au siècle suivant, entre 1765 et 1769⁶¹.

4. Modalités d'exercice du pouvoir régalien d'administrer le gouvernement

La prérogative royale en matière de justice et de législation était maintenant encadrée par les grandes législations issues de la Révolution Glorieuse de 1688. Restait un autre pouvoir, troisième branche des grandes institutions de l'État, le pouvoir exécutif, qui était demeuré sous le contrôle exclusif du roi. Depuis le Conquérant, les rois avaient exercé leur pouvoir avec l'aide d'un petit conseil appelé le Conseil privé. Ses membres étaient nommés et congédiés par le monarque selon son plaisir, encore que les réalités politiques

58. Holdsworth (vol. 5), *supra* note 49 à la p. 508.

59. Hale a écrit : «Again it is reason for me to preferre a Law by w^{ch} a Kingdome hath been happily governed four or five hundrd yeares then to adventure the happiness and Peace of a Kingdome upon Some new Theory of my owne [...]». *Ibid.* à la p. 504.

60. Voir Holdsworth, *ibid.* à la p. 485. Notons par ailleurs que Hale fut surtout connu par son ouvrage *The History of the Common Law of England*, Stafford (Angleterre), 1713, reproduit en fac-similé par Fred B. Rothman & Co., Littleton (Colorado), 1987.

61. Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 aux pp. 230-270.

l'obligeaient le plus souvent à composer avec les Grands du royaume. Le membership du Conseil privé augmenta de manière importante à partir du moment où l'on s'habitua à considérer la qualité de membre comme une dignité viagère. Encombré par trop de conseillers pour gouverner efficacement, Charles I fit appel à un comité restreint du Conseil, qui prit le nom de Cabinet. Ceux appelés au Cabinet devenaient les véritables ministres de son gouvernement.

Au lieu d'utiliser à nouveau la voie législative, on procéda par conventions politiques pour enlever au roi la réalité de son pouvoir exécutif et de ce qu'il avait conservé dans les domaines législatif et judiciaire. Ces conventions, bien que qualifiées de constitutionnelles en raison de leur domaine d'application, ne faisaient pas partie du droit; elles n'étaient donc pas justiciables devant les tribunaux⁶².

Le *Bill of Rights* de 1689⁶³ annonçait déjà les prochains développements constitutionnels. Ils prirent pourtant un siècle et demi avant de se concrétiser, parce que le roi possédait encore des moyens pour contrer cette évolution; en effet, avec ses alliés du Parlement, le roi s'est appliqué à manipuler les élections pour investir les communes. Un système électoral corrompu le lui a permis; celui-ci comprenait encore des bourgs pourris, reliques du passé⁶⁴, des circonscriptions rurales et des petits bourgs dominés par les grands propriétaires du lieu, trente-deux sièges sous le contrôle direct du gouvernement, en plus de réserver aux gens de bien le droit de voter et de se présenter candidats aux élections⁶⁵. Ce contrôle était si efficace que, d'après l'historien Sir Lewis Bernstein Namier, soixante-quinze pour cent des députés élus aux élections générales de 1761 ont hérité leur siège directement de leur père ou de leur

62. Voir la description que l'on en donne dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

63. Voir *supra* note 48.

64. Au XVI^e siècle, pour augmenter son influence au Parlement, la Couronne a créé artificiellement des bourgs, ne comprenant que quelques habitants, auxquels elle avait accordé le droit d'élire des représentants aux communes, selon W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 6, 2^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1937 à la p. 210.

65. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 10, London, Sweet and Maxwell, 1938 aux pp. 550-569 [ci-après Holdsworth (vol. 10)].

famille⁶⁶. Le Parlement est donc demeuré, comme par le passé, un instrument pour imposer une politique conçue au sommet par le roi et ses ministres, alors qu'il aurait dû logiquement devenir le levier d'une démocratie naissante, une courroie de transmission entre la volonté du peuple et son gouvernement.

En pratique le contrôle des élections n'a pas toujours été facile. La liberté du roi de former le cabinet qu'il entendait s'en est trouvée entravée. Par exemple, Walpole, Shelburne, des ministres ayant la confiance de George II mais non celle des communes, ont dû démissionner, alors qu'un William Pitt senior a été appelé au gouvernement sous la pression des communes, malgré le peu d'amitié que lui portait le même George II. Il fallait toutefois une opposition arrêtée et soutenue des communes pour qu'elles imposent leur volonté au roi. De plus la chute d'un ministre, fût-il le Premier ministre, n'entraînait pas nécessairement la démission de tout le cabinet. On ne l'aurait pas compris parce que le gouvernement continuait d'être l'instrument du roi et que, le plus souvent, il dirigeait les affaires avec chaque ministre individuellement. Ce n'est que si le roi référait une question au cabinet que celui-ci en prenait connaissance collectivement avant de la trancher⁶⁷. Il faudra encore attendre, voir passer les gouvernements des George III et George IV, pour qu'enfin apparaisse un véritable Premier ministre dirigeant les destinées d'un cabinet responsable uniquement devant le Parlement.

Le *Reform Act* de 1832⁶⁸ a changé la donne en éliminant les bourgs pourris et en élargissant considérablement le droit de vote. Du coup l'oligarchie, qui gravitait autour du roi, a perdu la plus grande partie de son pouvoir d'influence. D'ailleurs elle ne s'y résigna qu'au jour où il fut évident qu'un rejet de la réforme aurait provoqué une révolution. Manipuler les élections comme avant devenait plus ardu. Toutefois, ce n'est que graduellement que la réforme a fait sentir tous ses effets, le temps que les pratiques d'avant 1832 soient oubliées. Nous étions alors arrivés au règne de la reine Victoria. Malgré quelques accrocs, il était devenu évident que celle-ci devait se plier aux conseils de son cabinet, un cabinet bénéficiaire du soutien majoritaire des communes,

66. L.B. Namier, *The Structure of Politics at the Accession of George III*, 2^e éd., Londres, MacMillan, 1963 aux pp. 158-172.

67. Holdsworth (vol. 10), *supra* note 65 aux pp. 636-640.

68. Reproduit dans Frison, Bensoussan et Hutchison, *supra* note 43 aux pp. 186-189.

parce que soutenir un parti minoritaire aurait affaibli le prestige de la Couronne et son soutien par la population. En outre aucun parti minoritaire ne pouvait réalistement conduire les affaires du gouvernement. Les rapports entre le monarque et le Parlement s'en sont trouvés inversés : c'est la Chambre des communes, plus que jamais représentative de la population, qui maintenant décidait de la composition des cabinets et, à travers celui-ci, des politiques du gouvernement⁶⁹.

La reine Victoria et ses successeurs jusqu'à aujourd'hui sont demeurés les seuls représentants de l'État; ils continuent de posséder tous les pouvoirs publics, le législatif, l'exécutif et le judiciaire, mais, en vertu des lois et des conventions constitutionnelles, n'en exercent aucun. Le secrétaire d'État Lord John Russell a donc pu écrire aussitôt qu'en 1839 :

The constitution of England, after long struggles and alternate success, has settled into a form of government in which the prerogative of the Crown is undisputed, but is never exercised without advice. Hence the exercise only is questioned, and however the use of the authority may be condemned, the authority itself remains untouched⁷⁰.

La fiction d'un monarque détenteur de tous les pouvoirs de l'État apparaît, évidente, sans nuance. En a-t-il jamais été autrement? Est-ce que des rois ou reines ont exercé la réalité d'un gouvernement sans partage? Certains monarques ont été plus puissants que d'autres : Guillaume I, Henri II, Henri VIII et Élisabeth I. De là à voir en eux des autocrates, il y a un grand pas à faire.

69. Dans une séance tenue le 13 mai 1879, les communes, irritées des interventions persistantes de la Reine Victoria dans la politique du pays, lui ont rappelé qu'elle ne disposait que d'un pouvoir consultatif alors que le gouvernement possédait le pouvoir exécutif sous le contrôle du Parlement : J. de Langlade, *La reine Victoria*, Paris, Librairie Académique Perrin, 2000 à la p. 258. Ce n'est qu'en raison de son prestige personnel que la reine a pu continuer sporadiquement ses interventions.

70. «Copy of a Despatch from Lord John Russell to the Right Hon. C. Poulett Thomson», 14 octobre 1839, reproduit dans *British Parliamentary Papers, Colonies-Canada*, vol. 17 (Correspondence and Other Papers Relating to Canada and to Immigration in the Provinces, 1847-1848), Shannon (Ireland), Irish University Press, 1968 à la p. 125. Voir aussi la plaidoirie de John Milford, solliciteur-général du Royaume-Uni, dans le procès Hardy pour haute trahison, dans T. Baily, *Howell's State Trials*, vol. XXIV, Londres, Longman, Hurst, Rees, Orme & Brown, 1812-1826 à la p. 1183.

En outre, ne serait-ce qu'en raison de la complexité et du volume des tâches qu'imposait la direction du pays, rois et reines ont dû partager l'exercice de leurs pouvoirs. Ils ne pouvaient cependant les céder; les prérogatives régaliennes de droit public ont été considérées de tous temps comme inaliénables⁷¹. On a donc procédé par délégation. Celle-ci a permis de sauvegarder le monopole du roi sur les fonctions publiques sans pour autant rendre le pays ingouvernable⁷². La délégation se fit d'abord au profit des seigneurs, les lords, auxquels se sont ajoutés les bourgs et les villes. Les premiers jouissaient des prérogatives reconnues par le droit féodal aux seigneurs, alors que les seconds devaient limiter leurs prétentions aux droits énumérés dans leur charte⁷³. L'inaliénabilité des pouvoirs régaliens apparaît donc elle-même comme une fiction, considérée nécessaire à l'époque de Bracton pour assurer l'unité du politique du royaume⁷⁴, puis tolérée lors de la révolution de 1688 parce qu'elle ne faisait pas obstacle aux réformes démocratiques, tout en remplissant le rôle qui lui avait été assigné⁷⁵.

La souveraineté du roi a donc eu en Angleterre un sens précis. Elle ne représentait pas plus l'affirmation d'un pouvoir étatique supérieur à d'autres que celle d'un pouvoir étatique excluant tous les autres. Bref, le roi était, de par la coutume, la *common law* et les lois du royaume, un souverain sans partage, l'unique détenteur d'un droit inhérent de gouverner.

71. F.D. Wormuth, *The Royal Prerogative, 1603-1649*, London/Port Washington (N.Y.), Kennikat Press, 1972 aux pp. 54-60.

72. H. de Bracton, *Bracton on the Laws and Customs of England*, 1250, réédition par Harvard University Press, vol. II, Cambridge, 1968 à la p. 167; Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 aux pp. 242-243; et P.N. Riesenbergh, *Inalienability of Sovereignty in Medieval Political Thought*, New York, Columbia University Press, 1956 aux pp. 18, 30, 31, 35, 36 et 172-174.

73. Holdsworth (vol. 1), *supra* note 31 à la p. 28 et s.; J.E. Joliffe, *The Constitutional History of Medieval England*, 4^e éd., London, Adam & Charles Black, 1961 à la p. 305.

74. Bracton, *ibid.*

75. Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 aux pp. 242-243, précisa à propos des prérogatives royales : «Were it placed in many hands, it would be subject to many wills : many wills, if disunited and drawing different ways, create weakness in a government : and to unite those several wills, and reduce them to one, is a work of more time and delay than the exigencies of state will afford».

B. Réception des fictions juridiques dans les colonies

1. Elargissement des prérogatives de la Couronne : la fiction de l'acte d'État

C'est tout naturellement que les fictions du monopole gouvernemental de la couronne et de l'inaliénabilité de ses pouvoirs ont été introduites dans les colonies de l'Angleterre. On y voyait là-bas les mêmes avantages que dans la mère patrie. C'est du moins la conclusion à la laquelle en sont arrivés les spécialistes du droit colonial Joseph Chitty⁷⁶ et Arthur Berriedale Keith⁷⁷. Et leur opinion s'accorde avec les principes exposés ci-dessus comme avec la jurisprudence résumée plus loin.

La Couronne a étendu l'exercice des ses prérogatives à d'autres territoires par le moyen de l'acte d'État. L'acte d'État est un acte émanant de la Couronne dans l'exercice de son pouvoir souverain en regard des relations entre États. Ainsi qualifié par une cour de justice anglaise, celle-ci doit l'accepter comme une donnée incontestable, hors de sa juridiction, que l'acte en question soit ou non conforme aux faits ou aux règles du droit international⁷⁸. Ce qui revient à dire que l'acte d'État constitue également une fiction du droit public anglais. L'unanimité et l'unité d'action qu'exigent les relations internationales ont été les justifications avancées pour son existence⁷⁹.

La forme de l'acte d'État par lequel les monarques anglais ont étendu leur souveraineté a pu varier. William Blackstone a estimé que l'Amérique, pour sa plus grande part, avait été conquise par les armes ou cédée par traité aux dépens des Indiens et des Français. Cela en faisait des colonies conquises ou cédées qu'il a opposées aux colonies de peuplement⁸⁰. Mais l'affirmation de la

76. J. Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relatives Duties and Rights of the Subjects*, London, Butterworth, 1820 à la p. 25.

77. A.B. Keith, *The Constitutional Law of the British Dominions*, London, MacMillan, 1933 aux pp. 97-98.

78. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 14, London, Methuen, 1964 aux pp. 33 et 34 [ci-après Holdsworth (vol. 14)].

79. Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 à la p. 245.

80. *Ibid.* à la p. 105. La colonie de peuplement était une terre inhabitée jusqu'à l'arrivée des Anglais.

souveraineté a pu se réaliser autrement : avec un succès inégal, Henry VIII et ses successeurs jusqu'à Charles II ont procédé par l'octroi de chartes royales visant la formation de colonies de propriétaires comme Jamestown, Massachussets Bay et Plymouth. Cela s'est fait sans égard aux droits des premiers occupants indigènes⁸¹, car la pensée dominante chez les Européens de cette époque voulait que l'Amérique ait été une terre inoccupée, une *terra nullius*, pouvant être acquise par le premier venu comme toute chose sans maître. Le gouvernement de Charles I, sans nier la présence des peuples indigènes, a plaidé que les Amérindiens n'étaient pas des possesseurs de bonne foi de ces pays de manière à pouvoir en disposer, «their résidence being unsettled and uncertain, and only being in common»⁸². C'est sur cette croyance commune que les puissances européennes ont élaboré une doctrine, dite de la découverte, sans aller jusqu'à s'entendre immédiatement sur sa portée.

La France a pour sa part envoyé en mission des navigateurs pour explorer les côtes américaines et a établi sa souveraineté sur ces régions par la mise en terre symbolique d'une croix. Jacques Cartier a été l'un d'eux. Lors de son second voyage, en 1535, il a planté une croix près de Stadaconé (Québec) avec l'inscription suivante : «*Franciscus Primus, Dei Gratia Francorum Rex, Regnat*»⁸³. L'ambitieuse Espagne, de son côté, a revendiqué tout le continent en s'appuyant sur le voyage de Christophe Colomb de 1492. Or cette prétention exorbitante allait à l'encontre des ambitions de la France comme de l'Angleterre. Afin de contrer l'argument espagnol, Élisabeth I d'Angleterre lui répliqua que la découverte ne conférait rien sans la présence d'établissements⁸⁴. L'Espagne a dû céder; sa position était intenable. À l'évidence, la découverte ne conférait selon le droit international qu'un titre précaire que l'on devait assurer par une occupation subséquente. Assez rapidement, toutefois, l'expérience a

81. F.N. Thorpe (éd.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws*, Washington, Government Printing Office, 1909.

82. Voir «Answer to the Remonstrance of the Dutch Ambassador», 23 mai 1632, reproduit dans J.R. Brodhead, *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 1, Albany (New York), Weed Parsons, 1857 à la p. 58. Voir également «Concells Opinions concerning Coll. Nicholls patent and Indian purchases», *ibid.*, vol. 13 à la p. 487.

83. G. Honotaux et A. Martineau, *Histoire des colonies françaises et de l'expansion de la France dans le monde*, t. 1 (L'Amérique), Paris, Plon, 1929 à la p. 13.

84. E.P. Cheney, «International Law Under Queen Elizabeth», (1905) 20 *English Historical Review* 659 à la p. 660.

démontré que le critère posé par l'Angleterre ne suffisait pas non plus pour délimiter les frontières des colonies. Habitations et champs cultivés ne couvraient qu'une portion de ce qui était revendiqué. Le seul critère valable venant compléter la découverte, qui d'ailleurs sera reçu en droit international, est devenu celui du contrôle effectif du territoire⁸⁵. Pour cela on a construit des forts et postes de traites sur les voies navigables, aux lieux les plus stratégiques, et on a conclu des alliances, militaires et commerciales, avec des nations autochtones bien disposées. En somme les puissances européennes ont pour une grande part établi leur souveraineté effective par Amérindiens interposés, un mode d'occupation qui a été sanctionné entre elles par les termes du traité d'Utrecht de 1713⁸⁶.

Les leaders des peuples autochtones d'Amérique du Nord dénoncent, avec raison, les caractères eurocentrique et raciste de ces règles du droit international jadis conçues dans un but de colonisation. Leurs ancêtres étaient bien les maîtres de leurs terres ancestrales et jamais ils n'ont cédé leur souveraineté par traité ni n'en ont été dépossédés par une guerre de conquête, ajoutent-ils. Nier la souveraineté originale des peuples autochtones tenait effectivement d'une fiction qui, bien qu'acceptée en droit international, est moralement indéfendable⁸⁷. Pour le reste, les propos des leaders amérindiens doivent être nuancés. D'abord des guerres de conquête ont été menées contre quelques-unes des Premières Nations. Ces dernières ont également signé des traités au terme de ces guerres, dont plusieurs comportent une renonciation sans équivoque à leur souveraineté⁸⁸. Enfin, même en écartant l'idée de la *terra*

85. Voir l'affaire de l'*Ile de Palmas*, 1928, extraits reproduits dans J.-Y. Morin, F. Rigaldies et D. Turp, *Droit international public, Notes et documents*, vol. 1, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1997 aux pp. 771-780 [ci-après *Ile de Palmas*].

86. L'article 15 du *Traité d'Utrecht* interdisait à chaque signataire, France et Angleterre, de molester les Amérindiens sujets ou alliés de l'autre partie (F.L. Israel, *Major Peace Treaties of Modern History 1648-1967*, vol. 1, New York, Chelsea House Publishers, 1967 à la p. 210).

87. Le caractère raciste de cette fiction a été identifié notamment par J.J.A. Salmon dans son article «Le procédé de fiction en droit international public», Perelman et Foriers, *supra* note 9, 114 à la p. 134. Voir également en général M. Morin, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997.

88. Par exemple, selon un traité conclu en 1760, les Micmacs reconnaissaient la «juridiction» et le «dominion» de Sa Majesté le roi Georges II sur toutes les terres de Nouvelle-Écosse et d'Acadie, dans W.E. Daugherty, *Maritime Indian Treaties in Historical Perspective*, Ottawa,

nullius, les guerres de conquête et traités de cession n'étaient pas les seuls moyens pour acquérir la souveraineté; il restait la prescription acquisitive. Un État acquiert un titre sur une terre par prescription lorsqu'il y exerce ouvertement et publiquement l'autorité étatique, de manière pacifique, continue, pendant une très longue période⁸⁹. Comment déterminer la présence d'une autorité étatique? La manifestation la plus visible du pouvoir souverain est la capacité d'un État d'imposer son droit sur son territoire⁹⁰. À l'évidence, cela fait donc plusieurs générations que le Canada, les États-Unis et le Mexique, les ayants droit des anciennes puissances coloniales, auraient ainsi acquis un titre par prescription.

La doctrine de la découverte et son complément de l'effectivité ont été les moyens pour arbitrer les prétentions conflictuelles des puissances coloniales en Amérique. Elles ont apparemment constitué les règles du droit international. Mais peu importe! Quel qu'ait pu être l'état du droit international, et le résultat de l'application de ses normes, pour une cour de justice anglaise, la question de la souveraineté et de ses conséquences légales dans une colonie doivent être décidées uniquement d'après les règles du droit anglais, un système autogène à cet égard⁹¹. Or, selon le droit anglais, les prononcés de Couronne⁹² comme du Parlement⁹³ en matière de souveraineté sont considérés comme des vérités dogmatiques. Il est vrai que les cours de justice royales peuvent appliquer d'office les coutumes internationales⁹⁴, mais elles ne le font qu'après avoir examiné la conformité de ces coutumes avec la *common law* et les statuts du Parlement⁹⁵. Les tribunaux anglais ont donc jugé qu'ils ne pouvaient agir sur

Dept. of Indian and Northern Affairs Canada, (1983) aux pp. 86-87.

89. *Ile de Palmas*, *supra* note 85 aux pp. 776-789.

90. *Affaire du Groenland Oriental*, 1933, extraits reproduits dans Morin, Rigaldies et Turp, *supra*, note 85 aux pp. 807-812.

91. *Madzimbamuto c. Ladner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645 à la p. 721 (C.P.) (J. Reid) [ci-après *Madzimbamuto*].

92. *Sobhuza II c. Miller*, [1926], A.C. 518 aux pp. 523 et 525, juge Haldane; *Mabo c. Queensland (No.2)* (1992), 175 C.L.R. 1 à la p. 31, juge Brennan et à la p. 81, juges Deane et Gaudron (H.C. Aus.) [ci-après *Mabo*].

93. *Madzimbamuto*, *supra* note 91 à la p. 723 (J. Reid).

94. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England : A facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. 4, Chicago, University of Chicago Press, 1979 aux pp. 66-67.

95. Holdsworth (vol. 14), *supra* note 78 à la p. 32.

demande d'États étrangers pour protéger leurs prérogatives de souverain, fussent-elles reconnues par le droit international, que leur unique recours était un appel au gouvernement de Sa Majesté, ainsi qu'il se doit pour toute question relevant des relations entre États⁹⁶.

2. Introduction des prérogatives régaliennes suite à un changement de souveraineté

Revenons sur le sujet de l'élargissement de la souveraineté de la Couronne en droit anglais. En Amérique, la Couronne a d'abord agi en vertu d'une prémisse erronée à savoir que les nations autochtones ne possédaient aucun régime juridique pouvant fonder des droits de propriété et conséquemment des droits de souveraineté (souvenons-nous qu'en droit anglais les droits de propriété et de souveraineté se confondent)⁹⁷. Il n'empêche que la Couronne, longtemps après avoir reconnu son erreur, a persisté dans son intention. En effet, aux XVII^e et XVIII^e siècles, elle a graduellement transformé les colonies de propriétaires, non rentables, en colonies royales. Puis vinrent les guerres avec la France et ses alliés autochtones, les victoires anglaises consacrées par les traités d'Utrecht en 1713⁹⁸ et de Paris en 1763⁹⁹, que Georges III a finalement coiffé par sa *Proclamation royale de 1763*¹⁰⁰, un décret royal auquel on a reconnu une portée législative¹⁰¹. Cette proclamation était l'exemple type de l'acte d'État dont le roi s'est servi pour réorganiser politiquement ses nouvelles possessions américaines.

96. *Emperor of Austria c. Day* (1861), 3 De G.F. and J. 217, cité par W. Holdsworth, *ibid.* à la p. 30.

97. Voir aussi *supra* note 31 et le texte correspondant.

98. *Supra* note 86.

99. *Traité de Paris* de 1763, dans Israel, *supra* note 86 à la p. 305.

100. L.R.C. 1985, app. II, n° 1 [ci-après la *Proclamation de 1763*].

101. *Calder c. P.G. de la C.-B.*, [1973] R.C.S. 313 aux pp. 394 et 395, juge Hall, dissident pour d'autres motifs.

Par le Traité de Paris¹⁰², la *Proclamation de 1763*¹⁰³, la commission du gouverneur Murray et les instructions l'accompagnant¹⁰⁴, Georges III a également étendu sa protection aux habitants de ces contrées, Français, Canadiens et Amérindiens. Du coup le roi en a fait de nouveaux sujets, indépendamment de leur opinion sur la question¹⁰⁵. Pourtant cette souveraineté anglaise n'existait pas dans les faits à l'égard de toutes les populations et territoires visés. Les officiers de Sa Majesté le reconnaissaient, en discutaient dans le secret de leur cabinet¹⁰⁶, tout en affirmant clairement le principe de son existence¹⁰⁷. Les Britanniques étaient prêts à attendre; leur souveraineté effective viendrait tôt ou tard¹⁰⁸. Rappelons qu'ils avaient coutume de suspendre des prétentions juridiques que les réalités politiques du moment rendaient inapplicables¹⁰⁹, leur espoir étant que l'histoire rattraperait le droit tôt ou tard.

Prenons l'exemple des nations autochtones du Canada au lendemain de la conquête. Dans ses instructions au gouverneur Murray, en 1763, Georges III a prêché une forme d'étapisme; il voulait transformer graduellement les autochtones en de bons sujets, le moyen choisi étant de leur promettre sa

102. *Supra* note 99.

103. *Supra* note 100.

104. Ces textes sont reproduits dans A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, vol. I, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921 aux pp. 146-180.

105. *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 à la p. 1047, juge Mansfield [ci-après *Campbell*].

106. Voir les propos du général Gage sur les Iroquois dans sa lettre à William Johnson, 7 octobre 1772, reproduite dans W. Johnson, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 7, Albany, University of the State of New York, 1925 aux pp. 123-124.

107. Dès 1687, les autorités anglaises ont affirmé devant leurs interlocuteurs français que les Iroquois étaient sujets de Sa Majesté britannique, d'après J. Leclerc, *Le marquis de Denonville : Une étude des problèmes relatifs à son administration de 1685 à 1690*, Thèse de doctorat, École des gradués, Université Laval, 1965 aux pp. 317, 348 et 378 [non publiée]. Voir également l'article XV du Traité d'Utrecht, *supra* note 86, ainsi que la communication des lords du commerce à Egremont, 5 août 1763, dans A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, vol. I, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921 aux pp. 123-124.

108. Dans l'affaire *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 aux pp. 915-918, les juges Binnie et Major ont souligné le décalage qui existe entre l'affirmation de la souveraineté et les progrès de la colonisation.

109. *Supra* note 20.

protection et des biens de consommation¹¹⁰. C'est à coups de compromis que Murray et ses successeurs immédiats, les gouverneurs Gage et Haldimand, ont dû gérer ce conflit entre le droit et la réalité¹¹¹. Toutefois, après avoir consolidé son régime, une fois la guerre anglo-américaine de 1812 terminée, le gouvernement de Sa Majesté a pu asseoir sa souveraineté effective en appliquant ses lois, dans toute leur rigueur, aux membres des Premières Nations¹¹². Dans un rapport datant de 1839, le juge en chef Macauley du Haut-Canada a donc pu écrire que les Amérindiens n'avaient «aucun droit à aucune nationalité distincte, qu'ils étaient justiciables des lois du pays, et pouvaient en réclamer la protection»¹¹³. Des décisions judiciaires ont par la suite confirmé leur statut de sujets britanniques¹¹⁴. En résumé, le réalisme politique des instructions au gouverneur Murray faisait pendant au dogmatisme du droit, aux effets de l'acte d'État du nouveau souverain, mais sans rien changer au contexte légal : les Amérindiens, tous les Amérindiens, étaient déjà devenus des sujets britanniques et leurs terres, des possessions de la Couronne.

La Couronne acquérait avec la souveraineté un titre radical sur toutes les terres de sa colonie. Car c'est un principe fondamental du droit que le roi anglais est la source de tous les titres de propriétés, là comme en Angleterre, que cela corresponde ou non aux faits¹¹⁵. Lui nier ce droit, a écrit en 1765 le procureur général de New-York, John Tabor Kempe, revient à lui nier le droit de

110. *Supra* note 104 à la p. 174.

111. R.E. Pufler, *The Administration of British Policy to the Indians in the Northern District of North America, 1770-1783*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, University of Saskatchewan, 1970 à la p. 143.

112. En 1823, le gouvernement anglais a demandé l'application de la peine de mort contre un Amérindien du Haut-Canada qui avait tué l'un des siens, malgré que celui-ci ait plaidé en défense son immunité contre l'application des lois du Canada. Les documents relatant ces faits sont reproduits dans A.G. Doughty et N. Story, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1819-1828*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1935 aux pp. 177-180.

113. Ces paroles sont citées avec approbation dans le «Rapport des commissaires spéciaux, nommés le 8 septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada», *Journaux de l'assemblée législative du Canada*, 21 Vict., 1858, app. n° 21 (non paginé).

114. *R. c. Pheps* (1823), 1 Tay 47 (B.R. H.-C.); *Sheldon c. Ramsey* (1852), 9 U.C.Q.B. 105; *Regina ex. Rel. Gibb c. White* (1870), 5 P.R. 315 (C.P. Ont.); *Johnson c. Jones* (1895), 26 O.R. 109 (Ch. D.).

115. Voir *supra* la note 31 et le texte correspondant. Voir également *Mabo*, *supra* note 92 aux pp. 45-48, juge Brennan et aux pp. 80-81 juges Deane et Gaudron.

gouverner¹¹⁶. De même son droit de déshérence disparaîtrait puisqu'il découle du même principe¹¹⁷. Cela dit, une problématique particulière s'appliquait dans les colonies conquises ou cédées : on devait présumer que le roi entendait respecter les droits acquis des habitants et les lois qui les sous-tendaient dès qu'il leur promettait sa protection. Il fallait alors considérer ces droits comme une charge sur son titre radical; une fois qu'ils étaient abandonnés, la Couronne pouvait alors faire jouer son droit de déshérence et récupérer un titre complet, libre de toute charge¹¹⁸.

Ce n'est qu'une partie des lois existantes qui survivaient ainsi au changement de régime dans les colonies conquises ou cédées. En effet, la Couronne de Grande-Bretagne ne venait pas coiffer l'administration en place, à la manière d'un protectorat¹¹⁹, mais se substituait à elle, avec pour conséquence que tout le droit public concernant l'exercice de l'autorité publique devait être remplacé par la *common law*¹²⁰. Le régime juridique antérieur de la colonie n'avait aucune incidence, ne pouvait de quelque façon modifier l'étendue des prérogatives de la Couronne¹²¹. Or la *common law* reconnaissait au roi la plénitude des pouvoirs étatiques qu'il exerçait déjà dans la mère

116. «Lettre de l'*attorney general* de New York John Tabor Kempe au surintendant William Johnson», 12 août 1765, dans M.W. Hamilton, dir., *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 11, Albany, University of the State of New York, 1953 à la p. 888.

117. Lire le texte *supra*. Voir également Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 à la p. 292.

118. Voir également *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554 à la p. 569, juge Estey et *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 à la p. 386, juge Dickson et à la p. 392, juge Estey [ci-après *Guerin*].

119. État partiellement souverain, le protectorat a perdu le contrôle de ses relations avec les autres États, mais a conservé la capacité d'administrer ses affaires internes. Il bénéficie en contrepartie de la protection d'un État plus puissant, l'État protecteur : H. Jenkins, *British Rules and Jurisdiction beyond the Seas*, Oxford, Clarendon Press, 1902 à la p. 165.

120. *Ruding c. Smith* (1821), 2 Hagg.Con. 371, 161 E.R. 774 à la p. 778, juge Stowell [ci-après *Ruding*].

121. Motifs du juge en chef Innes de l'Afrique du Sud dans l'affaire *Union Government (Minister of Lands) c. Estate Whitaker*, [1916] A.D. 194, cités avec approbation par Lord Reid dans *Madzimbamuto*, *supra* note 91 à la p. 721.

patrie¹²². Il pouvait même, dans les colonies conquises ou cédées, exercer son ancienne prérogative de légiférer seul, sans le Parlement¹²³.

3. Maintien subséquent des prérogatives de la Couronne

La souveraineté de la Couronne avec toutes les prérogatives qui lui sont rattachées a non seulement existé, mais elle a survécu. En effet, quoique le monarque anglais ait pu concéder un gouvernement et une législature à sa colonie¹²⁴, cela n'a pas affecté son monopole sur les institutions étatiques. On considérait la concession comme une simple délégation de pouvoirs conformément aux anciens principes constitutionnels¹²⁵. Il aurait d'ailleurs suffi que ces institutions locales soient abolies pour que la Couronne, à titre d'autorité délégante, récupère l'intégralité de ses prérogatives¹²⁶. Prenons garde cependant de ne pas confondre les pouvoirs d'une législature coloniale avec ceux d'un organisme administratif, même si les deux exercent au sens strict une autorité déléguée : la législature, contrairement à l'autorité administrative, peut à son tour déléguer des pouvoirs à des entités qu'elle a créées¹²⁷. La souveraineté de la Couronne est donc demeurée comme avant, intacte, parce qu'indivisible. Quand des droits existants ont été reconnus par la médiation de la *common law* dans les colonies conquises ou cédées, ils étaient nécessairement de nature

122. *Madzimbamuto, ibid.* à la p. 722 (J. Reid); Chitty, *supra* note 76; Keith, *supra* note 77.

123. Il est cependant possible que ce pouvoir de légiférer par décret ait été restreint par les promesses contenues dans les traités de cession et articles de capitulation : *Campbell, supra* note 105.

124. *Madzimbamuto, supra* note 91.

125. Voir *supra* les notes 71-75 et le texte correspondant. Voir également *Attorney-General for Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542 aux pp. 545-546 (C.P.), juge Atkinson.

126. *Sammur c. Strickland*, [1938] A.C. 678 à la p. 704 (C.P.), juge Maugham [ci-après *Sammur*].

127. *Hodge c. The Queen* (1883-1884), 9 A.C. 117 (C.P.).

privée¹²⁸. À ce jour on s'est refusé à reconnaître des droits de gouvernement¹²⁹. Dans *Ruding c. Smith*¹³⁰, lord Stowell a expliqué :

Even with respect to the ancients inhabitants, no small portion of the ancient law is unavoidably superseded by the revolution of government that has taken place. The allegiance of the subjects, and all the law that relates to it - the administration of the law in the sovereign, and appellate jurisdictions - and all the laws connected with the exercise of the sovereign authority must undergo alterations adapted to the change¹³¹.

Certes, la fiction de l'indivisibilité des prérogatives de la Couronne a posé d'importants problèmes politiques à la Grande-Bretagne, en commençant par la révolution de ses treize colonies rebelles d'Amérique en 1776. C'est que les colons américains refusaient la conception que se faisait la métropole de sa souveraineté. Avant de suggérer d'en venir aux armes, des intellectuels influents tels les Américains John Dickinson et Richard Bland, ainsi que l'Anglais Edmund Burke, ont suggéré que la souveraineté pouvait être divisée, que chaque gouvernement, celui de Grande-Bretagne comme ceux de ses colonies, pouvait être souverain dans sa sphère de compétence. De la sorte les colonies auraient été en mesure de gérer leurs affaires internes. Impossible! leur répondait inlassablement Whitehall¹³²; si les législatures des colonies ne sont pas subordonnées au Parlement de Sa Majesté, il se trouverait deux souverains dans le même État, une contradiction dans les termes, ont conclu les ministres du

128. Les classiques de la jurisprudence anglaise à cet effet sont *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211 (C.P.) et surtout *Amodu Tijani c. Secretary of Southern Rhodesia*, [1921] 2 A.C. 399 (C.P.). Le vicomte Dunedin a résumé ainsi la *ratio* d'*Amodu Tijani* : «What was laid down in that case was that the cession of the territory [...] to the British Crown in 1861 did not affect the character of the private native rights» dans *Sakariyawo Oshodi c. Moriamo Dakolo*, [1930] A.C. 667 à la p. 668 (C.P.).

129. Lire l'affaire *Sammut*, *supra* note 126 à la p. 698, où lord Maughan a refusé de voir dans une vague promesse du gouverneur anglais un droit des habitants de l'île de Malte à des institutions représentatives. Toutefois, dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, la Cour suprême du Canada a laissé ouverte la question de la reconnaissance de droits ancestraux de gouvernements qui auraient survécu à l'avènement de la souveraineté de la Couronne.

130. *Supra* note 120.

131. *Ibid* à la p. 778.

132. Whitehall est le quartier londonien où les bureaux du gouvernement anglais sont situés.

roi¹³³. Des Américains ont également invoqué au soutien de leur thèse la présence d'une constitution supra-législative, nécessaire, croyaient-ils, pour délimiter un partage des pouvoirs entre la mère patrie et ses colonies. C'était un autre argument irrecevable pour les Anglais, puisqu'il supposait un contrôle judiciaire du Parlement incompatible avec les principes constitutionnels établis lors de la révolution de 1688¹³⁴. On se trouvait dans l'impasse. Il manquait encore ce mécanisme, reconnaissable par le droit anglais, qui permettrait de rendre opératoire l'objectif d'autonomie des colonies. Arrivé trop tard à maturité pour pacifier les révolutionnaires américains, ce mécanisme sera celui de la convention constitutionnelle du gouvernement responsable.

Nous avons vu plus tôt que le principe du gouvernement responsable a permis la démocratisation des institutions anglaises sans rien changer au monopole de la Couronne sur les fonctions étatiques¹³⁵. Il a également permis au Royaume-Uni de sauvegarder ce qui lui restait de l'empire colonial après la perte des États-Unis d'Amérique¹³⁶. En effet, par l'octroi d'un gouvernement responsable, le Royaume-Uni a pu reconnaître aux colonies l'autonomie de gestion dans leurs affaires internes, longtemps recherchée, tout en conservant la conduite des relations extérieures. Comme l'institution du gouvernement responsable n'est qu'une convention politique, la souveraineté de la Couronne du Royaume-Uni n'en a pas été compromise. Cependant, dans les débats entourant l'octroi de la responsabilité gouvernementale au Canada, le clairvoyant secrétaire d'État, lord John Russel, a remarqué que la mesure discutée conduirait, tôt ou tard, à l'indépendance totale de la colonie¹³⁷. Au mieux on ne ferait que temporiser l'inévitable. Malgré les objections de Russel, le promoteur de l'idée d'introduire le gouvernement responsable dans les colonies, lord Durham, a finalement eu gain de cause. C'est d'ailleurs son neveu le gouverneur général du Canada, lord Elgin, qui y a procédé dans cette province en 1848.

133. B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1967 aux pp. 208-211 et 223-225.

134. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 11, London, Sweet and Maxwell, 1938 à la p. 120.

135. Voir *supra* notes 62-70 et le texte correspondant.

136. Holdsworth (vol. 14), *supra* note 78 aux pp. 278-279.

137. «Copy of a Despatch from Lord John Russell to the Right Hon. C. Poulett Thomson», *supra* note 70.

Enfin, on doit éviter de confondre l'exercice d'un pouvoir étatique avec un pouvoir d'autogestion. Selon la doctrine positiviste, seuls un souverain et ses organes subordonnés peuvent émettre des ordres généraux appuyés de menaces, susceptibles d'être exécutés en cas de désobéissance¹³⁸. Ils disposent à cet effet de tout un appareil allant des tribunaux, aux forces policières, jusqu'à l'armée. L'autorité publique à l'intérieur d'un État s'exerce donc au singulier. Elle se caractérise en outre par sa vocation à la permanence, sous réserve d'une possible révolution. À l'opposé, le pouvoir d'autogestion est éclaté : toute organisation qui possède des biens collectifs exerce un tel pouvoir. Les sociétés civiles, les corporations religieuses et les nations autochtones peuvent ainsi réglementer l'usage de leurs biens communs, déterminer qui pourra en disposer et selon quelles modalités, conformément à leur constitution interne. Il est vrai qu'un membre qui refuserait de suivre la réglementation commune pourrait être privé de ses privilèges, en tout ou en partie, voire expulsé de sa communauté. Toutefois, les gestionnaires de la copropriété ne peuvent exercer quelque contrainte physique sur le délinquant qui refuserait d'obtempérer. Ils ne peuvent même pas, en cas de litige, se réserver l'interprétation de leur propre constitution. Ils dépendent pour cela de l'État et de ses institutions judiciaires et administratives¹³⁹.

III. Potentiel limité du caractère révisionniste de la *common law*

Le monopole de la Couronne sur les fonctions étatiques, son titre radical, l'inaliénabilité de ses prérogatives, de même que leur prolongement dans les colonies par un acte d'État, sont les plus importantes fictions du droit public, celles où le divorce opéré entre le droit et l'histoire est le plus marqué, le plus évident. Peut-on réduire cet écart, voire l'éliminer, en réservant le même sort aux fictions réprouvées? Certains auteurs le suggèrent, essentiellement dans un contexte de reconnaissance de droits politiques pour les peuples amérindiens du

138. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 à la p. 41.

139. Voir par exemple l'affaire *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, concernant l'expulsion d'un membre et l'utilisation des biens d'une église.

Canada¹⁴⁰. On cite un peu rapidement l'exemple américain, en oubliant que les insurgés de 1776 ont pris les armes justement parce qu'ils n'acceptaient pas la conception que la Grande-Bretagne se faisait de sa souveraineté¹⁴¹. Mais l'entreprise n'est pas *a priori* irrecevable; les juges, auteurs de la *common law*, possèdent l'autorité voulue pour la réécrire en la conjuguant au passé¹⁴²; en tant qu'interprètes de la volonté du souverain, exprimée dans ses actes constitutionnels de 1867¹⁴³ et 1982¹⁴⁴, ces mêmes juges peuvent également conclure que la loi existante a été abrogée. Nous devons cependant comprendre que leur liberté d'action n'est pas absolue, ce que nous verrons.

A. Caractère révisionniste de la *common law*

1. L'évolution de la *common law*

Lors de la conquête de 1066 par Guillaume, la Normandie et l'Angleterre étaient des pays de coutumes. Si un monarque prenait la peine de coucher le droit par écrit, son travail consistait pour l'essentiel à codifier les coutumes existantes¹⁴⁵. Il ne lui serait même pas venu à l'idée de faire autrement tant l'esprit du temps ne s'y prêtait pas. Donc, pas de vastes réformes : seulement des ajustements mineurs. Et, pour les rois normands, un empêchement quasi absolu d'agir dès que le roi voulait porter atteinte de manière flagrante aux droits féodaux de ses vassaux sans leur accord. Lorsque, ici ou là, des zones d'ombres se manifestaient, et que l'enjeu était politiquement important, le roi disait alors le droit, tout en prétendant agir conformément à la coutume. C'est ce qu'ont fait le roi Jean le jour où il a dû signer sa grande charte des droits sous la contrainte des barons¹⁴⁶, ainsi que son père Henri II lorsqu'il

140. Voir parmi d'autres B. Slattery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 Osgoode Hall L.J. 681 aux pp. 691-692 et P. Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991) 36 R.D. McGill 382 aux pp. 412-414.

141. Voir *supra* notes 132-134 et le texte correspondant.

142. Voir *supra* note 4 et le texte correspondant.

143. L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

144. L.R.C. 1982, c. 11.

145. Pour la période anglo-saxonne, voir Loyn, *supra* note 23 aux pp. 42-43.

146. Le baron disait ne réclamer que le respect de la loi fondée sur la coutume féodale (Frison, Bensoussan et Hutchison, *supra* note 43 à la p. 30). La *Magna Carta* ne serait donc selon eux qu'une actualisation du droit alors en vigueur.

a affirmé son autorité et celle de ses cours de justice sur les gens d'Église¹⁴⁷. Même là, politique vérité oblige, Henri a senti le besoin de se reposer sur le consentement de ses barons pour «déclarer» le droit. C'est aussi ce qu'a fait avant eux Guillaume I, en tant que successeur d'Édouard, quand il a revendiqué et exercé les pouvoirs des rois anglo-saxons concernant le maintien de la paix, l'opération de la justice et la protection des plus faibles, les veuves, orphelins et commerçants. Comme ces pouvoirs étaient vagues, et que personne ne pouvait contester l'interprétation de ce roi tout-puissant, Guillaume les a exploités sans retenue¹⁴⁸. Sa *Curia Regis* a donc pu exercer son autorité sur tous les hommes dans tout le pays. Dans la sphère judiciaire, l'influence de la *Curia Regis* est toutefois demeurée modeste en raison du peu de temps qu'elle pouvait consacrer à la résolution de litiges; elle n'était que la cour des puissants et des grandes causes.

La *Curia Regis* a pu continuer son travail en l'absence du Conquérant, qui a souvent dû s'absenter d'Angleterre pour gouverner son duché de Normandie. Il nommait alors un représentant, le grand justicier, pour le remplacer au sein de sa cour¹⁴⁹. Henri I a pu invoquer cette coutume pour déléguer à son tour son pouvoir de justice à des juges itinérants. Au début, leur juridiction se limitait à vérifier les comptes fiscaux des shérifs dans les comtés. Mais les rois Étienne et Henri II, en faisant revivre l'institution des juges itinérants, leur ont conféré une juridiction beaucoup plus vaste qui s'étendait désormais aux matières civiles et criminelles. Le principe de la délégation étant admis, Henri II ne s'est pas arrêté là : il a créé la Cour des plaidoyers communs. Et son petit-fils Henri III a créé à son tour la Cour du banc du Roi. Toutes des cours de justice royales jouissant de la même autorité que la *Curia Regis*¹⁵⁰. Mais, conséquence de leur nombre, de leur prééminence, la justice du roi a pu devenir dans les faits la justice de tout le royaume. Une loi commune en naîtra : la *common law*.

147. Le texte même des *Constitutions de Clarendon* dit qu'il s'agit d'un rappel et de la reconnaissance (codification) de quelques-unes des coutumes : Douglas et Greenaway, *supra* note 32 aux pp. 766-770. Voir aussi Boussard, *supra* note 33 aux pp. 437-439.

148. Holdsworth (vol. 1), *supra* note 31 aux pp. 33-34; Loyn, *supra* note 23 à la p. 183.

149. Loyn, *supra* note 23 aux pp. 183-185.

150. Voir en général Turner, *supra* note 51 ainsi que Holdsworth (vol. 1), *supra* note 31 aux pp. 41-54.

La conception du droit entretenue par les juges des cours royales sous le règne des rois Henri II, Richard I, Jean et Henri III n'était pas différente de celle qui prévalait jusqu'alors. Eux non plus, à l'instar du roi dont ils étaient les délégués, ne croyaient pas pouvoir entreprendre de vastes réformes. Leur rôle était avant tout d'être les gardiens des coutumes, de dire et non de faire ce droit que l'époque voulait permanent¹⁵¹. À moins d'être en présence d'un texte, charte, constitution ou assise, ces juges appliquaient donc normalement les coutumes existantes, saxonnes pour l'essentiel, normandes à l'occasion. Leur travail d'unification du droit les obligeait parfois à choisir une coutume locale parmi plusieurs pour en étendre l'application à tout le pays. Toutefois, malgré un *a priori* favorable aux coutumes, les juges royaux comme le roi ont créé du droit. Dans un souci d'équité, ils estimaient pouvoir écarter ou modifier des coutumes qu'ils trouvaient désuètes, aussi bien que contrôler les abus de la procédure dont ils restaient les maîtres¹⁵². Ils partaient également de principes établis pour en étendre l'application par analogie à de nouvelles causes d'action, un procédé que le Parlement naissant a encouragé¹⁵³, et toujours en usage depuis lors.

Une fois terminée cette période formatrice de la *common law*, après l'âge de Bracton, les juges royaux ont adopté une attitude plus conservatrice : ils s'en sont tenus plus strictement aux précédents, au point d'oublier toute prétention à pouvoir juger en équité¹⁵⁴. On s'en remettait au Parlement, le seul, croyait-on, qui pouvait agir pour remédier à une injustice en modifiant le droit. La *common law* a donc peu évolué. Ce sont les règles de l'*equity* élaborées par la Cour du Chancelier qui ont alors suppléé aux carences du système établi. Quant à la *common law*, elle est demeurée un système rigide, figé dans ses conceptions, ses idées. Presque immobile.

151. A.R. Hogue, *Origins of the Common Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 1986 aux pp. 9-10.

152. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 2, 4^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1936 aux pp. 194 et 207 [ci-après Holdsworth (vol. 2)].

153. Article 24 du *Statut de Westminster II*, 13 Edw. I, dans *Statutes of the Realm* (vol. 1), *supra* note 53 aux pp. 83-84.

154. Holdsworth (vol. 2), *supra* note 152 aux pp. 333-335.

2. Opposition entre les visions statique et dynamique de la *common law*

Peut-être ce peu de mouvement a-t-il fait illusion, au point qu'un Matthew Hale a pu affirmer que la *common law* du XVI^e siècle était à peu près la même que celle en vigueur à l'époque de la conquête normande, si l'on fait exception des anciennes lois d'avant mémoire et des premiers statuts du Parlement qui auraient été tant de fois répétés et appliqués qu'ils y auraient été incorporés à titre de coutumes¹⁵⁵. Mais rappelons-nous que Hale, enfant de la guerre civile de 1642-1646 et de la révolution de 1688, devait insister sur l'ancienneté de la *common law*, sur la nécessité d'obtenir l'accord du Parlement pour la modifier, car elle constituait le véhicule des droits et libertés fondamentaux des sujets anglais, le dernier refuge du Parlement contre l'arbitraire royal des Stuart. Conséquent, Hale a élaboré la doctrine selon laquelle le juge ne crée pas le droit, qu'il ne fait que le découvrir ou témoigner de son existence¹⁵⁶. Pour Hale, les règles de *common law* sont d'abord coutumes et c'est uniquement de là qu'elles tirent leur force et leur autorité¹⁵⁷. Sa thèse est devenue la doctrine acceptée. Blackstone y fera référence au siècle suivant en idéalisant à son tour la *common law*, en faisant d'elle un droit fixe et immuable, comme les coutumes dont elle est issue¹⁵⁸.

Évidemment la doctrine de Hale et Blackstone faisait injure à l'histoire de la *common law* depuis ses débuts. De fait, la société comme son droit n'ont pas cessé d'évoluer. Tous les juges royaux, à toutes les époques, ont dû élaborer de nouvelles règles pour tenir compte de l'évolution sociale. Ils l'ont fait ouvertement dans la période formatrice de la *common law* en écartant des coutumes injustes ou désuètes. Ils ont continué de le faire en sous-main par la suite. Plusieurs ont ainsi commodément oublié de tenir compte d'un précédent obscur. Lorsque cela est devenu difficile, en raison de la publication systématique des précédents les plus importants dans des *law books*, il restait

155. Hale, *supra* note 60 à la p. 9.

156. *Ibid.* à la p. 27. Voir aussi *Kleinwort Benson Ltd.*, *supra* note 4 aux pp. 376-377, juge Goff de Chieveley.

157. «[Les règles de *common law*] have acquired their binding Power and the Force of Laws by a long and immemorial Usage, and by the Strenght of Custom and Reception in this Kingdom». *Ibid.* à la p. 24.

158. Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 à la p. 69.

une autre méthode éprouvée : la technique de la distinction. Si les faits pertinents d'une affaire différaient des précédents, ils appelaient une solution différente. On pouvait alors prétendre découvrir la solution retenue dans un droit préexistant, une manière de sauvegarder la fiction des célèbres juristes Hale et Blackstone. Mais l'illusion d'un droit éternel et immuable n'a pas duré. Après avoir usé et abusé de la technique de la distinction, on s'est rendu à l'évidence que les juges des cours de *common law* créaient du droit.

Dans un traité publié en 1787, un contemporain de Blackstone, John Reeves, avait déjà établi que le droit ne constituait pas une science totalement indépendante, qu'au contraire elle reflétait les changements sociaux¹⁵⁹. La contribution de Reeves allait au-delà d'une simple démonstration du caractère changeant de la *common law* : il a expliqué comment elle s'était adaptée. La *common law*, selon l'auteur, ne subit pas de brusques changements mais évolue lentement et graduellement au rythme des décisions judiciaires¹⁶⁰. Et donc les juges créent plutôt qu'ils ne découvrent le droit; ils tranchent des litiges et de leurs décisions, on déduit un ensemble de règles de droit. D'autres auteurs, tel John Austin à la fin du XIX^e siècle, ont repris sa critique de Hale et Blackstone, sans toutefois réussir à influencer le discours judiciaire. Il a fallu attendre l'année 1966 avant que la Chambre des lords rappelle son pouvoir, qui a toujours appartenu aux cours royales, d'écarter un précédent devenu désuet ou dont l'application comporte une injustice¹⁶¹. Seulement elle se réservait cette tâche à titre de cour d'appel de dernière instance.

La Chambre des lords reconnaissait par là l'évidence, c'est-à-dire qu'il n'avait jamais existé une *common law* éternelle et immuable, ce qui ne l'a pas empêchée de conserver la doctrine du caractère déclaratoire du jugement, tout

159. Reeves, dans *History of the English Law from the Time of the Saxons to the End of the Reign of Philip and Mary*, 2^e éd., Dublin, Luke White, 1787, réimpression par A.M. Kelley, New York, 1969, a mis tout l'accent sur le développement décousu et irrégulier du système de brefs donnant accès aux cours royales, notamment sur l'accroissement de leur nombre et variété. Il a ainsi démontré la flexibilité de la *common law*, sa faculté d'adaptation. Voir notamment son traitement des brefs de *Trespass* et *On the case* aux vol. 1 à la p. 338 et au vol. 3 aux pp. 89 et 93.

160. *Ibid.*, vol. 4 à la p. 429.

161. *Practice Statement on Judicial Precedent*, [1966] 1 W.L.R. 1234 (H.L.).

en avouant sa véritable nature de fiction du droit¹⁶². Conséquemment la fiction a pris son véritable sens : à savoir que les règles de droit créées par les cours de justice sont appliquées au litige sous examen, ainsi qu'à tout autre litige ultérieur présentant les mêmes faits pertinents, comme si ces règles avaient toujours existé. En d'autres termes le droit posé agit rétroactivement. La chose peut choquer notre sens d'équité, notre aversion pour l'arbitraire, le justiciable étant en droit de connaître à l'avance les règles qui serviront à juger sa conduite : «*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari*»¹⁶³. Mais il semble que cela soit le prix d'une *common law* capable de changements organiques¹⁶⁴. L'effet révisionniste du jugement déclaratoire ne va pas cependant jusqu'à invalider les jugements déjà rendus et dont les délais d'appel sont épuisés; la règle de la chose jugée demeure comme avant¹⁶⁵.

B. Capacité des tribunaux de réviser la *common law*

1. Caractère discrétionnaire de la décision judiciaire

Le juge peut modifier la *common law*. Après tout celle-ci est son oeuvre. Mais sa liberté en ce domaine comporte-t-elle des limites? Pour répondre à cette question, situons d'abord le pouvoir normatif du juge dans la géographie d'un système juridique.

En rédigeant la *Théorie pure du droit*¹⁶⁶, au début du siècle dernier, Hans Kelsen a voulu élaborer une science descriptive du droit, dire ce qu'est le droit et comment il se fait par opposition à ce qu'il devrait être et comment il devrait se faire. En ce sens Kelsen s'inscrit dans le courant positiviste pour lequel il n'y a de droit que celui créé par les hommes. La science du droit étudie le droit tant

162. *Supra* note 4.

163. «Les lois et constitutions ont pour but certain de donner un cadre (un plan) aux affaires futures, non pas de rétracter des faits passés» A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1994 à la p. 265.

164. L'alternative serait de reconnaître aux jugements un caractère purement prospectif, ce qui provoquerait d'autres problèmes, encore plus sérieux, d'après lord Goff de Chieveley dans *Kleinwort Benson Ltd.*, *supra* note 4 aux pp. 378-379.

165. *Ibid.* à la p. 393, juge Lloyd de Berwick.

166. *Supra* note 19.

sous son aspect statique, lorsqu'il est considéré à l'état de repos, que sous son aspect dynamique, lorsqu'il est considéré dans son mouvement, son évolution.

Au point de vue statique le droit apparaît comme un système de normes réglant la conduite des individus qui composent la société. Il est donc un ordre social, mais un ordre social particulier fondé sur la contrainte, l'État étant celui qui sanctionne toute conduite contraire à celle désirée. Précisons que si le droit reflète le social, ce lien n'en est pas un de coïncidence absolue. Le droit ne régit pas tout le social et tout le social organisé ne l'est pas juridiquement¹⁶⁷. Avant d'être applicables, les normes légales doivent avoir été posées, autrement dit créées par des actes qu'on peut localiser dans l'espace et dans le temps¹⁶⁸. Cela nous amène sur le terrain de l'aspect dynamique du droit. Pour Kelsen, chaque norme doit avoir été créée de la manière prescrite par une autre norme, une norme d'habilitation, qui a été à son tour créée de même façon, et ainsi de suite jusqu'à la norme fondamentale de l'ordre juridique¹⁶⁹. La norme fondamentale est l'acte par lequel la première constitution aurait été établie.

En droit anglais, la norme fondamentale est particulièrement difficile à identifier, puisque ce droit prétend tirer ses origines d'une époque d'avant la mémoire. La constitution de l'Angleterre a finalement pris la forme de coutumes anglo-saxonnes et normandes, qui ont été par la suite incorporées dans la *common law*, puis codifiées pour certaines d'entre elles dans des lois du Parlement. Pour d'autres pays, la norme fondamentale est plus simplement l'acte révolutionnaire fondateur du régime actuel. La France a ainsi connu divers régimes, de la Révolution de 1789 à la Cinquième République, qui ont succédé à autant de coups d'État. En Amérique du Nord la situation est plus complexe. Tout dépend du point de vue retenu : l'Anglais a pu prétendre que sa souveraineté découlait de l'application d'une règle de la *common law*, celle de l'acte d'État, alors que l'Amérindien y a plutôt vu, selon son droit, un acte révolutionnaire contre l'ordre existant. Rappelons que beaucoup d'Amérindiens croient que leurs ancêtres n'ont jamais cédé leur pays par traité, ni été conquis par les armes. La dichotomie entre les deux systèmes a pu continuer un moment,

167. L. Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1966 à la p. 14. Ce qui revient à dire que le droit et l'histoire non plus ne coïncident pas nécessairement.

168. Kelsen, *supra* note 19 aux pp. 42-43.

169. *Ibid.* aux pp. 131-132.

le temps que l'ordre ancien cesse d'être efficace et que le nouveau le devienne. Kelsen avait conclu à ce sujet : «un ordre normatif perd [...] sa validité quand il cesse d'être suffisamment en accord avec la réalité»¹⁷⁰.

Dans l'ordre juridique kelsénien chaque règlement administratif, loi, constitution, a donc été créé en vertu d'une norme hiérarchiquement supérieure, jusqu'à la norme fondamentale, formant ainsi une structure hiérarchique où toutes les règles sont réparties en plusieurs couches superposées. Cette description du droit réel a été critiquée. Elle passe en effet sous silence le pouvoir normatif du juge lorsqu'il «interprète» le droit écrit. Elle ne tient pas compte non plus que des normes existent, tels les règles de la *common law* et les principes généraux du droit administratif français, qui ne dépendent pas pour leur validité d'une habilitation directe. L'unité de l'ordre juridique ne reposerait donc pas sur l'unité des sources du droit mais sur le fait qu'une société reconnaît la validité d'un ensemble de normes légales¹⁷¹.

Herbert L.A Hart est l'auteur majeur qui a repris là où avait laissé Kelsen. Dans son ouvrage *Le concept de droit*¹⁷², Hart concède que le juge, en rendant ses décisions, les présente comme des déductions allant de soi faites à partir de règles claires et préétablies, sans qu'il n'intervienne par ses préférences personnelles. S'il en est ainsi dans les cas les plus simples, continue Hart, il reste que l'interprétation des lois et l'application des précédents, dans la majorité des litiges, comportent tant d'incertitudes qu'ils admettent plusieurs résultats. Conséquemment le juge doit choisir, exercer une discrétion, ne serait-ce que pour mettre fin à l'incertitude¹⁷³. Au bout de la course judiciaire il faudra s'en remettre à la fiction que la loi est ce que la juridiction suprême dit qu'elle est. Hart termine en disant que «l'affirmation selon lequel le tribunal avait tort est sans effet à l'intérieur du système»¹⁷⁴.

170. *Ibid.* à la p. 127.

171. M. Virally, «Le phénomène juridique» (1966), 82 R.D.P. 5 aux pp. 57 et 58. Voir aussi C. Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1970 à la p. 154.

172. *Supra* note 138.

173. *Ibid* aux pp. 25-26.

174. *Ibid.* à la p. 174.

À l'opposé de Hart, Ronald Dworkin, dans *Prendre les droits au sérieux*¹⁷⁵, défend l'idée qu'il existe toujours pour chaque litige une seule bonne réponse, une réponse correcte. Dworkin croit qu'en présence d'incertitudes, le juge doit se guider par des critères extérieurs (*public standards*), qu'il appelle aussi des principes, et non par ses propres références personnelles¹⁷⁶. Et comme il voit dans ces critères extérieurs préexistants des règles de droit, Dworkin conclut que le travail du bon (*sic*) juge consiste à découvrir le droit et non pas à l'inventer rétroactivement¹⁷⁷. Une pensée qui n'est pas sans rappeler celle des Hale et Blackstone.

Selon nous, Dworkin, notamment par son recours à la notion du bon juge, a théorisé sur un droit idéalisé plutôt que sur ce qu'il est réellement. Il s'est donc écarté de l'hypothèse kelsénienne servant de fondement à la *Théorie pure du droit*. Cela compris, on peut facilement s'entendre sur le fait que les juges ne se sentent pas libres de trancher les litiges qui leur sont soumis selon leur bon plaisir. En effet, les juges s'appuient sur des principes, non pas des principes préexistants, mais des principes qu'eux-mêmes ont élaborés à partir de conceptions qu'ils entretiennent sur la justice, l'intérêt général de la société, et le rôle qui leur revient dans la poursuite de ces objectifs. Nous allons maintenant en aborder l'étude.

2. Règles régissant la discrétion judiciaire

Une cour d'appel de dernière instance, comme la Chambre des lords ou la Cour suprême du Canada, n'écarte pas ses précédents à la légère, plusieurs motifs sérieux justifiant l'autorité qu'elle leur accorde. Le respect des précédents permet aux justiciables de régler leurs affaires dans un cadre légal stable et prévisible. Il favorise également l'égalité devant la loi, en ce sens que des cas semblables sont traités de même façon. Il constitue une protection contre l'arbitraire et les préjugés. Il convainc la partie perdante de se plier au jugement rendu, du moment qu'elle croit que la règle appliquée ne la vise pas personnellement mais plutôt comme membre d'une catégorie d'individus. Il rend la justice plus efficace, économe de ses ressources, en accélérant le

175. Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

176. *Ibid.* à la p. 33.

177. *Ibid.* à la p. 153.

traitement des litiges et en décourageant les poursuites judiciaires. Enfin, le respect dû aux précédents force le juge à peser ses motifs avec encore plus de gravité qu'il ne le ferait si ceux-ci n'avaient d'effet que dans le présent litige¹⁷⁸. Tous ces avantages doivent être soupesés en regard des avantages qu'une modification du droit existant présenterait. Voilà pourquoi les juges conçoivent certaines limites à leur pouvoir de modifier la *common law*.

Revenons maintenant à notre question de départ, à savoir quand donc une cour d'appel de dernière instance peut-elle modifier le droit en vigueur par l'abrogation d'un précédent?

D'abord un préalable : il faut que la cour soit convaincue d'améliorer la *common law* de manière significative. La prépondérance des inconvénients favorise clairement le maintien du droit en vigueur si le changement envisagé comporte peu d'avantages¹⁷⁹. Ensuite, même si les avantages sont marqués, la cour refuse normalement d'intervenir si elle ne peut se fonder que sur sa propre perception, alors que les arguments et les questions en litige demeurent les mêmes, donc qu'aucun changement substantiel n'est intervenu depuis le précédent attaqué¹⁸⁰. Car le droit doit dépendre de la cour en tant qu'institution et non des préférences de ceux que le hasard a placés sur son banc. Ces réserves étant admises, la cour suprême d'un pays de *common law* est investie de l'autorité nécessaire pour faire évoluer son droit au rythme des valeurs sociales, morales et économiques de la société qu'elle sert¹⁸¹. Cela explique que la *common law* puisse évoluer différemment selon le génie propre à chaque pays¹⁸².

178. P.S. Atiyat et R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987 à la p. 116; J. Stone, *Precedent and Law*, Sydney, Butterworths, 1985 à la p. 189.

179. Stone, *ibid.* à la p. 177. Voir également *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833 à la p. 849, juge Dickson, à l'effet qu'il doit exister des circonstances impérieuses pour justifier que l'on s'écarte d'un précédent, même erroné.

180. R. Cross et J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991 à la p. 138.

181. Les arrêts les plus importants sur ce sujet sont, au Royaume-Uni, *Kleinwort Benson Ltd.*, *supra* note 4, en Australie, *Mabo*, *supra* note 92, et au Canada, *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654 [ci-après *Salituro*].

182. *Cassel and Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027 à la p. 1127, juge Diplock (C.P.); *Invercargill City Council c. Hamelin*, [1996] A.C. 624 à la p. 640, juge Lloyd de Berwick (C.P.).

Cette évolution est par définition lente et progressive, encore que la cadence a pu s'accélérer au cours du dernier siècle¹⁸³. Il reste que les valeurs contemporaines d'une société sont une donnée relativement stable qu'il faudrait éviter de confondre avec les soubresauts quotidiens de l'opinion¹⁸⁴.

On a comparé la *common law* à un tissu sans couture, à une mosaïque, dont la cohésion est assurée par la doctrine du précédent, mais qu'il faut continuellement adapter ou réparer¹⁸⁵. Le plus souvent cela se fait par des ajustements mineurs qui s'intègrent harmonieusement dans le tissu de la *common law*. On procède alors par analogie en étendant l'application d'un principe établi à de nouvelles espèces qui présentent des caractéristiques comparables¹⁸⁶. Pour des changements plus importants, on raisonne plutôt par induction. À partir d'un ensemble de précédents disparates couvrant un secteur d'activité, mais auxquels on attache les mêmes conséquences légales, on abstrait une règle de portée plus générale qui synthétise, qui englobe l'ensemble de ces précédents, pour ensuite appliquer la nouvelle règle à toute une famille de nouveaux cas¹⁸⁷. La nouvelle règle devient un principe du droit dont les applications constituent des espèces particulières. Toutefois, que ce soit l'une ou l'autre manière, par raisonnement inductif ou par analogie, aucune règle de *common law* n'est remise en cause. Son tissu demeure intact. Il peut cependant arriver que la cour suprême d'un pays franchisse ce pas en modifiant ou en abrogeant une règle établie. Elle s'y résigne lorsque les méthodes précédentes ne suffisent pas pour suivre l'évolution de la société. Son pouvoir connaît toutefois d'autres bornes que cette évolution.

Une cour d'appel de dernière instance devrait certainement refuser de modifier la *common law* si la modification envisagée cause de graves injustices.

183. Comme le constate G. Ripert dans *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994 à la p. 33 : «L'accélération de l'histoire [...] impose l'accélération du droit».

184. *Dietrich c. The Queen* (1992), 177 C.L.R. 292 à la p. 319, juge Brennan (H.C. d'Aust.) [ci-après *Dietrich*].

185. *Kleinwort Benson Ltd.*, *supra* note 4 à la p. 378, juge Goff de Chieveley.

186. Dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, la Cour suprême du Canada a ainsi étendu au médecin les obligations qui incombent à un fiduciaire.

187. C'est de cette façon que la Chambre des lords a élaboré sa doctrine de responsabilité pour négligence dans son arrêt classique *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562.

C'est alors au législateur d'agir, lui qui est en mesure d'introduire un changement aux effets uniquement prospectifs¹⁸⁸.

Le dernier frein au pouvoir de la cour suprême d'un pays de modifier la *common law* dépend de sa maîtrise de la complexité, ou plutôt de son opinion à cet égard. En effet, quand une cour procède à la modification ou à l'abrogation d'une règle, il s'agit le plus souvent d'une fracture mineure dans la mosaïque de la *common law*, sans aucun doute à sa portée. Ce bris devient plus important lorsque la règle concernée est aussi un principe du droit, et encore plus s'il s'agit d'un principe fondamental du droit, parce qu'alors il faut réarranger tous les principes et les règles subsidiaires qui en dépendent. La tâche prend parfois une telle ampleur, comporte des ramifications si imprévisibles, qu'une cour de justice pourrait croire qu'elle ne possède ni les compétences, ni les ressources pour s'y aventurer. Alors, par prudence, elle y renonce¹⁸⁹. D'autant plus qu'elle ne veut pas usurper une fonction qui relève du législateur¹⁹⁰. Ce dernier, au contraire des tribunaux, bénéficie habituellement d'études minutieuses du gouvernement et de comités spéciaux de législation, qui eux-mêmes ont pu solliciter les opinions d'un vaste éventail de groupes d'intérêts et d'experts sur les sujets traités avant de faire leurs recommandations. Le législateur possède en outre la légitimité démocratique requise pour entreprendre une réforme de la loi, même au risque de se tromper gravement. Tôt ou tard, l'électorat lui en imputera la responsabilité. Les tribunaux n'ont pas le même droit à l'erreur.

Il reste à déterminer quel est ce principe fondamental du droit qui se trouve hors d'atteinte du pouvoir normatif du juge.

188. *Dietrich*, supra note 184 à la p. 319, juge Brennan; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842 au par. 51, juge Bastarache.

189. *Salituro*, supra note 181 à la p. 670, juge Iacobucci; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750 aux pp. 760 et 761, juge McLachlin; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 à la p. 776, juge Lamer; *Burnie Port Authority c. General Jones Pty. Ltd.* (1992-1994) 179 C.L.R. 520 à la p. 592, juge McHugh (H.C. Aus.) [ci-après *Burnie Port Authority*]; Cross et Harris, supra note 180 à la p. 34. Cette attitude de prudence n'est pas sans rappeler celle de *Matthew Hale* : voir supra note 59.

190. *Burnie Port Authority*, *ibid.* à la p. 593, juge McHugh; *Dietrich*, supra note 184 à la p. 320, juge Brennan.

3. Limite de la discrétion judiciaire : le principe fondamental du droit

Les principes du droit sont des normes générales qui fondent d'autres règles légales considérées comme des expressions plus spécifiques ou concrètes de celles-ci et dont ils sont à la fois l'explication et la justification¹⁹¹. Ils constituent donc la notion première de ces règles plus spécifiques ou concrètes¹⁹².

Nombre de principes du droit prennent la forme de maximes ou d'adages, souvent exprimés par des locutions latines, une marque de leur ancienneté¹⁹³. Il s'en trouve de création jurisprudentielle. D'autres ont été créés par des textes. Plusieurs sont en outre des fictions légales. On ne doit donc pas se surprendre que leurs objectifs soient sensiblement les mêmes que ceux des fictions : il s'agit de protéger l'ordre social et d'assurer la cohérence interne du système légal. La protection de l'ordre social se fait par des principes directeurs. La primauté ou règne du droit, nul n'est censé ignorer la loi, l'autorité de la chose jugée, l'égalité devant la loi, le principe de non-rétroactivité des lois et pas de crime sans texte sont des exemples de principes directeurs. Quant à la cohérence du système, elle est assurée par des principes correcteurs qui permettent l'application de solutions légales justes et adaptées au reste du système. Pensons aux principes que la bonne foi se présume, qu'à l'impossible nul n'est tenu, ainsi que *fraus omnia corrumpit* et *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁹⁴.

Une fois reconnus, les principes du droit constituent des propositions directrices qui subordonnent tout développement ultérieur¹⁹⁵. Les institutions qui créent du droit s'en servent donc comme des guides. Les tribunaux les invoquent également à titre supplétif, lorsqu'en l'absence de réponse claire ils veulent justifier leur décision. Cela ne signifie pas que les principes du droit sont devenus des cadres rigides n'admettant aucun empiètement, seulement que les

191. N. MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p. 181.

192. Ripert, *supra* note 183 à la p. 337.

193. Voir en général l'ouvrage de Mayrand, *supra* note 163.

194. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1989 à la p. 99.

195. *Ibid.* à la p. 91.

règles de droit sont édictées ou modifiées en fonction de ces principes auxquels elles doivent normalement se conformer. Toute dérogation devrait conséquemment être justifiée, soit parce que les objectifs qui sous-tendent le principe atteint sont néanmoins respectés, soit parce que d'autres objectifs encore plus importants le commandent. Dans ce dernier cas, il peut arriver que les exceptions soient si sérieuses ou nombreuses qu'elles invalident le principe original, alors frappé de désuétude, pour le remplacer par un nouveau. Par exemple, le principe voulant qu'on doive présenter la meilleure preuve a été en grande partie abandonné au profit d'une évaluation de la force probante de la preuve présentée¹⁹⁶. Et le principe du lien contractuel limitant l'effet des contrats aux parties ne s'applique plus aux tiers qui en réclament les bénéfices¹⁹⁷.

L'influence des principes du droit est omniprésente dans tout l'édifice juridique. Pris ensemble ils lui donnent sa cohérence et sa structure, en résumé son unité. Individuellement, toutefois, ils sont d'importance variable. Certains principes peuvent être qualifiés de mineurs. D'autres, au contraire, doivent être considérés comme des principes fondamentaux de leur ordre juridique. La frontière qui les sépare n'est pas tant d'ordre qualitatif que quantitatif. Un principe fondamental du droit se définit par ses effets structurants sur un système juridique donné : plus ses effets sont importants, plus la modification d'un principe appelle d'autres changements à d'autres principes ou règles, et plus la qualification de principe fondamental du droit s'impose. On ne peut donc déterminer à l'avance avec certitude ce qui est et ce qui n'est pas un principe fondamental du droit¹⁹⁸. Il revient à la cour de justice qui est interpellée de délimiter cette frontière. Elle la situera en évaluant sa propre capacité de maîtriser les changements envisagés.

Georges Ripert aimait comparer le droit à un bâtiment dont les principes fondamentaux seraient les poutres maîtresses. Que l'on détruise l'une de ces poutres et le bâtiment s'effondre! S'il est possible d'en reconstruire un nouveau sur les ruines de l'ancien, poursuit Ripert, la reconstruction demeure

196. *R. c. Shayesteh* (1996), 111 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.).

197. *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299.

198. *Mabo*, *supra* note 92 aux pp. 29-30.

hypothétique tandis que la ruine, elle, est certaine¹⁹⁹. C'est donc un conseil de prudence que donne Ripert, un conseil que les cours de justice ont érigé en règle, comme dans l'affaire *Mabo*²⁰⁰ où le juge Brennan de la Haute cour d'Australie a écrit :

In discharging its duty to declare the common law of Australia, this Court is not free to adopt rules that accord with contemporary notions of justice and human rights if their adoption would fracture the skeleton of principle which gives the body of our law its shape and internal consistency [...] The peace and order of Australian society is built on the legal system. It can be modified to bring it into conformity with contemporary notions of justice and human rights, but it cannot be destroyed²⁰¹.

La Haute cour d'Australie s'intéressait alors à la fiction du titre radical de la Couronne sur toutes les terres assujetties à sa souveraineté, qu'elle a finalement qualifiée de principe fondamental de la *common law*. Nous avons déjà commenté l'importance de cette fiction du droit anglais²⁰². À vrai dire, il semble que tout ce qui sert d'assise à la propriété des terres d'un pays doive être considéré comme un principe fondamental de son ordre juridique. C'est du moins la conclusion à laquelle la Cour suprême des États-Unis est arrivée dans sa décision *Johnson c. M'Intosh*²⁰³. Rappelons le contexte de cet arrêt.

Pendant plusieurs années, après les débuts de la colonisation américaine, les autorités britanniques ont cru que ou tout au moins ont agi comme si les Amérindiens ne possédaient aucun droit à leurs terres tribales traditionnelles, conformément à la doctrine de la découverte²⁰⁴. Était-ce là erreur, auto-tromperie ou pur mensonge? Une chose est sûre : des titres fonciers ont été concédés par le roi et les gouvernements coloniaux, sans égard à la présence amérindienne. Toute une structure de droits fonciers a été constituée. Les

199. Ripert, *supra* note 183 à la p. 344.

200. *Supra* note 92.

201. *Ibid.* aux pp. 29-30. Voir aussi *supra* note 189 et le texte correspondant ainsi que l'arrêt *Dietrich*, *supra* note 184 à la p. 320, juge Brennan.

202. Voir *supra* les notes 31, 115-117 et le texte correspondant.

203. (1823) 8 Wheaton 543 [ci-après *Johnson*].

204. Voir *supra* notes 80-87 et le texte correspondant.

premiers concessionnaires ont cédé leurs terres à des colons, qui les ont cédées à d'autres colons, et ainsi de suite, établissant ainsi une chaîne de titres qui tous remontaient à une concession originale de la Couronne. Les concessionnaires anglais pouvaient négocier avec les actuels occupants amérindiens, mais pas toujours, sans compter que l'honnêteté de leurs transactions n'était pas assurée. De toute façon le cadastre officiel devait faire preuve de leurs titres.

Les colons anglais n'ont pas toujours suivi les directives de leurs dirigeants concernant l'occupation du domaine foncier. En effet, plusieurs ont négocié directement avec les Amérindiens l'achat de leurs terres, sans autorisation préalable ni concession officielle des autorités. Parallèlement aux livres officiels des cadastres, on a donc vu s'édifier une autre chaîne de titres, quoique de moindre importance. Inévitablement il y a eu des conflits entre le cadastre officiel et cette structure foncière parallèle. Lequel des «propriétaires» pouvait légalement réclamer le bien-fonds contesté? D'un côté on pouvait prétendre à un titre concédé par le roi et apparaissant au cadastre, de l'autre on pouvait prétendre détenir son titre du propriétaire effectif, en l'occurrence l'occupant amérindien.

En 1823, quand ce conflit a finalement été tranché, il est vrai que plus personne ne contestait la valeur juridique du titre indien, et conséquemment que la doctrine de la découverte, dans sa version originale, était historiquement et juridiquement fausse. Toutefois, a raisonné la Cour suprême des États-Unis, toute la structure foncière des colonies britanniques d'Amérique du Nord repose sur cette doctrine. Qu'elle découle d'une fausseté n'avait plus guère d'importance! La doctrine de la découverte était devenue incontournable et faisait désormais partie du droit continental : «if the property of the great mass of the community originates in it, it becomes the law of the land, and cannot be questioned»²⁰⁵. Gardienne de la constitution révolutionnaire de 1789, la Cour suprême des États-Unis aurait pu, en théorie, rejeter les anciennes prétentions de la royauté anglaise en s'appuyant sur cette constitution. Mais elle ne s'y est pas risquée parce que l'ordre social et juridique actuel de sa société en dépendait. Le droit est prisonnier de son histoire, a dit la haute cour

205. *Johnson, supra* note 203 à la p. 591, juge Marshall.

d'Australie²⁰⁶, qui aurait pu ajouter : incluant ses erreurs et ses mensonges, quand ils sont suffisamment importants et durent suffisamment longtemps.

En toute logique, considérant ce qui vient d'être dit, l'acte d'État par lequel la Couronne a fondé sa souveraineté sur le territoire canadien, soit la *Proclamation de 1763*²⁰⁷, est incontestablement un principe fondamental du droit du Canada. Ce décret royal, avec la Commission du gouverneur Murray et les instructions l'accompagnant²⁰⁸, a formé la première constitution du Canada. Plus précis que la *Proclamation*, la Commission de Murray réglait la composition du Conseil de la Province de Québec et les modalités de convocation de l'Assemblée générale des francs tenanciers, les organes qui, de concert avec le gouverneur, exerçaient les pouvoirs législatif et réglementaire dans la colonie. Elle conférait également au gouverneur, conjointement avec le Conseil de la Province, le pouvoir de distribuer les terres, à condition que cela se fasse dans le respect des instructions royales à venir. Si on ne reconnaît pas la valeur juridique de la *Proclamation de 1763* et de la Commission de Murray, aussi bien prétendre que tous les titres et autres droits fonciers conférés ou confirmés sous leur empire sont illégaux, ainsi que tous les titres et droits de leurs successeurs depuis lors, puisqu'on ne peut donner plus que ce que l'on a : *nemo potest transferre ad alium plus juris quam habet ipse*. On pourrait critiquer de même façon tous ces autres titres et droits fonciers conférés sur des terres où la Couronne n'exerçait toujours pas une souveraineté effective. Or celle-ci n'a été assurée que fort récemment sur certaines parties du territoire.

Il est indifférent que l'acte d'État établissant la souveraineté de la Couronne anglaise ait été pour un temps une fiction, ou qu'il ait violé la souveraineté originale des Amérindiens. La souveraineté effective ne peut servir de critère pour juger de la légalité d'un droit, plus maintenant que la souveraineté anglo-canadienne a été établie dans les faits de manière incontestable sur tout son territoire. On conviendra cependant que sans souveraineté effective, la Couronne et ses ayants droit auraient dû abandonner tôt ou tard leurs futiles prétentions²⁰⁹. Quant à la violation de la souveraineté

206. *Mabo*, *supra* note 92 à la p. 29, juge Brennan.

207. *Supra* note 100.

208. *Supra* note 104.

209. *Supra* note 19.

autochtone, le raisonnement de la Cour suprême des États-Unis vaut encore : du moment qu'un acte fonde la propriété de la plus grande partie du sol, il devient la loi du pays et ne peut plus être contesté, nonobstant sa valeur originale, en droit comme au plan de la morale. L'acte en question est devenu un principe fondamental du droit. C'est aussi ce qu'il faut comprendre de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*²¹⁰; on y apprend en effet que l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, et non son effectivité, sert de date butoir pour reconnaître la création d'un titre indien originaire²¹¹.

Les droits des peuples amérindiens n'ont pas été totalement ignorés, loin de là. Toutefois, par nécessité, il a fallu les adapter aux données de l'histoire ainsi qu'aux principes fondamentaux du nouvel ordre juridique. Le Canada, comme d'autres pays encore gouvernés par les principes de la monarchie parlementaire anglaise, a donc reconnu l'existence de droits aborigènes, mais des droits de nature collective et inaliénable²¹², qui sont considérés comme une charge sur le titre radical de la Couronne²¹³.

L'acte d'État affirmant la souveraineté de la Couronne, la doctrine de la découverte modifiée et le titre radical de la Couronne sont à la fois des fictions et des principes fondamentaux du droit public anglais. On pourrait peut-être ajouter à cette courte liste de principes fondamentaux la fiction du monopole régalien sur les fonctions étatiques traditionnelles que sont les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Ces exemples suffisent néanmoins pour illustrer la résistance d'un système légal au changement, sa crainte d'usurper la fonction

210. [1997] 3 R.C.S. 1010 [ci-après *Delgamuukw*].

211. Un titre originaire, par opposition à un titre concédé, ne découle pas d'une cession des autorités coloniales. Il résulte plutôt de l'occupation historique par les peuples amérindiens de leurs terres tribales traditionnelles.

212. Au sens strict, malgré une terminologie qui a souvent cours, les Amérindiens ne cèdent pas leurs terres, même à la Couronne. La cession d'un titre indien équivaut en réalité à un abandon; le titre alors s'éteint et la terre revient à la Couronne, détentrice du titre radical, par droit de déshérence : *Guerin, supra* note 118 à la p. 386, juge Dickson et à la p. 392, juge Estey et *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554 à la p. 569, juge Estey.

213. L'arrêt de principe dans le Commonwealth est *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399. Au Canada, on peut consulter les affaires *Guerin, supra* note 118; *Delgamuukw, supra* note 210 et *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.

du législateur en improvisant une réforme légale d'importance. L'aveu que la *common law* évolue au rythme de la société est devenu suranné quelque trente-six ans après l'énoncé de procédure sur le précédent judiciaire de la Chambre des lords²¹⁴. Mais dire que le droit évolue, n'est-ce pas également reconnaître que l'essentiel demeure²¹⁵?

Conclusion

L'exemple du droit anglais nous a servi à illustrer le danger de confondre trop aisément l'histoire du droit et l'histoire tout court. Cette mise en garde vaut pour tous les systèmes juridiques ayant fait l'emploi du procédé de fiction²¹⁶. C'est notamment le cas de la France sous le régime de la monarchie absolue, alors qu'elle venait d'abandonner ses habits féodaux pour revêtir ceux d'un État. Les institutions de la France comportaient de fortes ressemblances avec celles de l'Angleterre. Le roi comme son cousin anglais y incarnait la puissance souveraine. Il concentrait entre ses mains tous les pouvoirs de l'État, le législatif, l'exécutif et le judiciaire²¹⁷, puissance qu'il pouvait projeter sur d'autres territoires par une simple déclaration de souveraineté. On procéda ainsi pour fonder la Nouvelle-France²¹⁸. Bien entendu, en l'absence d'un contrôle militaire, nul n'était dupe de cette fiction. Ses pouvoirs étaient également inaliénables. Et comme le roi ne pouvait rendre justice à tous ou exécuter seul les lois, la fiction de la délégation fut là aussi appliquée pour reconnaître à d'autres le pouvoir de juger en son nom, ainsi que de faire des règlements et des ordonnances pour l'exécution des lois²¹⁹. Le roi de France, encore ici à l'image de son homologue anglais, était cependant contraint dans l'exercice de ses pouvoirs par les lois de Dieu, les règles de la justice naturelle et les lois fondamentales du royaume, à cette différence près qu'aucun contre-pouvoir comme un parlement ou une judicature indépendante ne lui rappelait quelles étaient ces limites. En pratique le roi français pouvait donc forcer l'obéissance,

214. *Supra* note 161.

215. Ripert, *supra* note 183 à la p. 28.

216. Voir *supra* les notes 5 et 6 et le texte correspondant.

217. R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, vol. 1, Paris, Presses Universitaires de France, 1974 aux pp. 499-513.

218. Lire *supra* note 83 et le texte correspondant.

219. Mousnier, *supra* note 217 aux pp. 518-519.

même si ses ordres étaient contraires aux commandements de Dieu, ou à la justice ou à l'équité. Il lui suffisait d'invoquer le bien public; la raison d'État justifiait tout²²⁰.

Nous avons également limité notre étude à cette partie du droit anglais qu'est la *common law*. Pourtant nos observations auraient pu être sensiblement les mêmes à l'égard du droit légiféré, qu'il s'agisse d'une loi ordinaire ou d'une loi faisant partie d'une constitution supra-législative. Le droit légiféré comme la *common law* est encombré de fictions. Et s'il est vrai que le législateur et *a fortiori* le constituant possèdent la légitimité nécessaire pour entreprendre de vastes réformes, qu'ils jouissent ainsi d'une plus grande marge de manoeuvre que les tribunaux, leur pouvoir est dans les faits limité par l'opinion et par le cadre des institutions existantes. Les lois doivent donc être «raisonnables» du point de vue d'une majorité bien pensante et éclairée. Tant et si bien que lorsque celles-ci sont mal rédigées, qu'elles comportent des ambiguïtés ou des concepts flous, les cours de justices les interprètent à travers le prisme de ce qui est raisonnable en considérant leurs conséquences. La présomption favorisant une interprétation raisonnable est d'ailleurs l'un des principaux canons de l'interprétation des lois²²¹. Or il est peu probable qu'une cour de justice conclut à un bouleversement des principes fondamentaux de son ordre juridique en l'absence d'indications claires à cet effet venant du législateur ou du constituant.

220. *Ibid.* à la p. 514.

221. P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 562-577. Cette présomption a servi abondamment dans l'interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui consacre les droits des peuples autochtones du Canada. La Cour suprême du Canada a par ailleurs jugé que l'article 35 vise la «conciliation» de l'ancienne occupation autochtone avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Voir R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 à la p. 545, juge en chef Lamer.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ÊTRE DILIGENT EN MATIÈRE DE NÉGLIGENCE : UNE NÉCESSITÉ POUR NOTRE DROIT

Auteur(s) : Renée JOYAL

Revue : *RDUS*, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : **377-398**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12305>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12305>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

ÊTRE DILIGENT EN MATIÈRE DE NÉGLIGENCE : UNE NÉCESSITÉ POUR NOTRE DROIT*

par Renée JOYAL**

SOMMAIRE

1.	Un bref rappel historique	380
2.	Le développement de la théorie des droits	383
3.	Les exigences de la <i>rule of law</i> et du <i>due process of law</i>	385
	a) Des situations précisément et correctement formulées ...	385
	b) Une évaluation rigoureuse des situations	388
	c) Des décisions d'orientation solidement fondées	389
	d) La preuve de la situation et les motifs de la décision	390
4.	La négligence, la loi et l'État. Quelques réflexions	393

*. Le présent texte est celui d'une conférence prononcée par l'auteure dans le cadre des Journées Charles-Coderre 2000.

**. Professeure au Département des sciences juridiques de l'UQAM. L'auteure tient à remercier l'Honorable Albert Gobeil, juge à la retraite, et Me Johanne White, des Centres Jeunesse de Montréal, pour leurs excellentes suggestions.

Selon des sources généralement fiables, la négligence envers les enfants représente aujourd'hui la part du lion, si l'on peut s'exprimer ainsi, des interventions effectuées en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹. Dans un document datant de 1999, le Ministère de la Santé et des services sociaux signale en effet que, entre les années 1993 et 1998, les cas de négligence ont constitué plus de 48% des problématiques traitées en vertu de cette loi².

Qu'est-ce donc que la négligence envers les enfants? On n'en trouve aucune définition à la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Si l'on examine les articles 38 et 38.1 de cette loi, qui énumèrent les situations dans lesquelles l'État estime justifié d'intervenir en vue d'assurer la protection d'un enfant, on ne trouve paradoxalement le mot «négligence» qu'au paragraphe g) de l'article 38, qui traite d'abus sexuels et de mauvais traitements. Quant aux situations qui suggèrent la présence de négligence parentale, c'est-à-dire celles mentionnées aux paragraphes b) à f) de l'article 38 et au paragraphe c) de l'article 38.1, le mot lui-même n'y apparaît pas. Il serait sans doute téméraire de proposer une définition de la négligence au sens de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, compte tenu des nombreuses applications possibles de ce concept. Cependant, j'oserais dire que les situations mentionnées à la loi visent toutes la protection des enfants qui subissent ou risquent de subir un tort sérieux en raison de l'exercice incorrect ou défaillant des responsabilités reliées à l'autorité parentale de la part de leurs parents ou de leurs gardiens.

On m'a demandé de vous entretenir de la négligence dans une perspective juridique. Afin de mieux cerner la place de ce concept dans notre système légal et judiciaire, je vous propose d'abord un bref voyage dans le temps et dans l'espace, lequel nous permettra de répondre aux quelques questions suivantes : à partir de quand l'État, et en particulier l'État québécois, s'intéresse-t-il à la négligence envers les enfants? Comment cette préoccupation se traduit-elle au fil du temps? La façon de circonscrire la négligence dans notre loi actuelle correspond-t-elle à ce qu'on retrouve dans des législations voisines? Finalement, comment et à quelles conditions l'intervention de l'État en la

1. L.R.Q., c. P.-34.1.

2. Ministère de la Santé et des services sociaux, Direction de la gestion de l'information, Service des indicateurs et mesure de la performance (Carole Lessard), *Indicateurs repères sur l'application de la Loi sur la protection de la jeunesse, 1993-1994 à 1997-1998*.

matière trouve-t-elle sa légitimité dans l'ordre juridique et politique qui est le nôtre?

1. Un bref rappel historique

Depuis quand l'État québécois s'intéresse-t-il aux enfants négligés? Cette préoccupation remonte à la seconde moitié du XIX^e siècle, bien qu'elle se traduise alors dans des termes et des mesures bien différentes de ceux que nous connaissons aujourd'hui³. C'est en effet en 1869 que le législateur intervient directement dans le domaine des enfants en difficulté, alors qu'il adopte l'*Acte concernant les écoles d'industrie*⁴. Cette première loi spécifique vise les enfants de moins de quatorze ans «trouvés errants» ou en compagnie de «voleurs de profession», de même que les enfants qualifiés de «réfractaires». Les enfants concernés sont essentiellement ceux qui sont livrés à eux-mêmes ou adonnés à la petite délinquance dans les grandes agglomérations urbaines que sont devenues Montréal et Québec, sous l'effet conjugué de l'industrialisation et de l'immigration en cette fin du XIX^e siècle⁶. Tout enfant se trouvant dans l'une des

3. Avant cette époque, c'est-à-dire au temps de la Nouvelle-France et durant les cent premières années du Régime britannique, seuls les enfants abandonnés retiennent l'attention des autorités publiques et, par la suite, celle des communautés religieuses, qui assurent d'abord leur placement en nourrice, puis leur adoption de fait ou leur «engagement» à une famille. Ces enfants sont souvent ceux de «filles-mères», que des motifs de pauvreté aussi bien que de réprobation sociale amènent à poser ce geste, ou de parents mariés ou non qui connaissent des conditions de vie extrêmement précaires. Quelques décisions judiciaires anciennes font état de situations où un proche parent d'un enfant se fait octroyer la garde de celui-ci ou de celle-ci en raison de la mauvaise conduite de ses père et mère, ce qui laisse supposer une situation de négligence ou de mauvais traitements. Il s'agit là, toutefois, d'initiatives purement privées (voir, à ce sujet, André Morel, «L'enfant sans famille, de l'ancien droit au nouveau Code civil», à paraître dans un ouvrage collectif sous la direction de Renée Joyal, qui sera publié sous peu aux Presses de l'Université du Québec). Au cours du XIX^e siècle, les institutions qui prennent charge des enfants en difficulté se diversifient. Crèches, orphelinats et refuges apparaissent, établis sur une base linguistique et religieuse la plupart du temps. Ces institutions ne recueillent pas que des orphelins ou des enfants abandonnés. Par exemple, des parents démunis ou indisponibles pour des raisons reliées au travail ou à la maladie placent parfois leurs enfants à l'orphelinat; celui-ci joue alors indirectement un rôle préventif au regard de certains risques de négligence.

4. S. Q. 1869, c. 17.

6. Voir, à ce sujet : R. Joyal, «L'Acte concernant les écoles d'industrie (1869). Une mesure de prophylaxie sociale dans un Québec en voie d'urbanisation», (1996) 50 Revue d'histoire de l'Amérique française 227.

situations décrites par la loi peut être conduit devant un juge qui, s'il est satisfait de la preuve établie devant lui, a le pouvoir d'ordonner le placement de cet enfant dans une école d'industrie. Ces situations, qui, selon leur degré de gravité, s'apparentent à l'abandon ou à la négligence, inquiètent les élites bien-pensantes et les autorités publiques, qui perçoivent les enfants concernés comme des délinquants potentiels et une menace à l'ordre établi. L'intervention vise donc le «redressement» de ces enfants et la protection corrélative de la paix sociale.

Peu à peu, la nomenclature des enfants visés par la loi s'élargit. En 1884, s'ajoutent à la liste les enfants qui ont besoin d'« être protégés et pris en soin» en raison de la «maladie continuelle», de l'«extrême pauvreté», de l'«ivrognerie» ou des «habitudes vicieuses» de leurs parents⁶, alors qu'en 1894 l'application en est étendue aux enfants «infirmes» et à ceux dont les parents ne sont pas jugés «dignes» de s'occuper⁷. Certaines formes de négligence parentale ou de mauvais traitements sont sans aucun doute visées ici. Mais ce n'est qu'en 1912 que les enfants «habituellement battus» ou «traités cruellement» par leurs parents ou gardiens seront mentionnés explicitement dans la loi⁸.

Quelques décennies plus tard, la *Loi de la protection de l'enfance*⁹ de 1944, qui, comme on le sait, n'a jamais été mise en oeuvre¹⁰, donne à la notion de «négligence» une place centrale, et ce, de façon très explicite. En effet, les enfants qui sont réputés avoir besoin de la protection de l'État y sont définis comme les enfants «négligés» de moins de seize ans. La notion englobe toutefois ici des situations aussi diverses que la mendicité, l'errance, le fait de se trouver dans de mauvais lieux ou en mauvaise compagnie, d'être victime de l'«assaut indécents» ou de tout autre «outrage criminel» de la part d'un parent ou d'un gardien, ainsi que le fait de ne pas bénéficier de soins ou de mesures de surveillance et d'éducation convenables. Il est à noter que cette dernière

6. S.Q. 1884, c. 23.

7. S.Q. 1894, c. 32.

8. S.Q. 1912, c. 39.

9. S.Q. 1944, c. 33.

10. Voir R. Joyal et C. Chatillon, «La Loi québécoise de la protection de l'enfance de 1944. Genèse et avortement d'une réforme», (1994) 53 *Histoire sociale/Social History* 33.

formulation rejoint assez bien ce que l'on entend généralement par négligence de nos jours.

Cette longue énumération de la loi de 1944, qui a au moins le mérite d'être limitative, n'est pas reprise par la *Loi des écoles de protection de la jeunesse* de 1950¹¹ qui, on s'en rappelle, s'appliquait à tout enfant de moins de dix-huit ans¹² «particulièrement exposé à des dangers moraux ou physiques, en raison de son milieu ou d'autres circonstancesspéciales». Cette formulation vague à souhait, qui englobe par le fait même les situations de négligence, représente le sommet, si l'on peut dire, de l'approche paternaliste en matière de protection de l'enfance, approche qui, à l'époque, semble avoir été vue comme extrêmement positive par les personnes chargées de l'application de la loi. Écoutons ce qu'en dit Jeanne d'Arc Lemay, alors directrice du Service des Écoles de protection de la jeunesse au ministère du Bien-être social et de la Jeunesse. «[...] la pierre d'assise de la protection des jeunes dans le Québec, écrit-elle, réside donc en cette simple phrase qui confère à la loi un caractère de quasi universalité en ce qui concerne le petit monde des moins de 18 ans [...] Avec une formule aussi large, on a évité une énumération qui aurait risqué d'être incomplète»¹³. Les intentions étaient sans aucun doute louables; on voulait éviter que des enfants en danger ne reçoivent pas la protection que leur situation requerrait. Toutefois, le caractère flou du fameux article 15 allait bientôt subir l'assaut de critiques virulentes, fondées sur les risques d'arbitraire associés à une telle formulation. C'est pourquoi la *Loi sur la protection de la jeunesse* de 1977 marque le retour à une liste limitative de situations énoncées dans des termes relativement précis. Certaines formulations, reliées notamment à la notion de négligence, peuvent toutefois prêter flanc à la critique, comme nous le verrons plus loin.

Nous avons pu le constater au fil de ce bref rappel historique, le souci de l'État à l'égard des enfants négligés ne date pas d'hier. Toutefois, on ne peut

11. S.Q. 1950, c. 11.

12. À l'origine, la loi s'applique aux enfants de plus de six ans et de moins de dix-huit ans. En 1951, la loi est modifiée de façon à englober tout enfant de moins de dix-huit ans; S.Q. 1950-51, c. 56.

13. J. d'A. Lemay, «Les écoles de protection de la jeunesse», (1952) 2 Service social 20 aux pp. 20-22.

manquer de noter un élargissement graduel des situations dans lesquelles l'État s'estime fondé à intervenir en vue de la protection d'un enfant. On ne peut s'empêcher d'observer non plus que certaines des situations visées supposent l'immixtion toujours plus grande, à des fins d'enquête et d'évaluation, des agents de l'État dans la vie privée de l'enfant et de sa famille. À l'origine, les autorités publiques intervenaient à partir de situations généralement observables de l'extérieur de la sphère familiale. Progressivement, elles s'intéressent à des situations que l'on ne peut vérifier qu'en pénétrant dans l'intimité du domicile familial. De plus, les mesures mises en place par l'État pour assurer la protection des enfants entraînent elles aussi une présence toujours plus « envahissante » de ses agents dans la famille. Alors qu'à l'origine l'État se contentait de placer les enfants dans des écoles d'industrie, il en est venu, au cours du XX^e siècle, à mettre en œuvre des mesures de supervision et de soutien qui s'exercent en grande partie dans l'intimité de la famille. Cette évolution est si frappante, non seulement au Québec, mais de façon générale en Amérique du Nord et en Europe occidentale, que certains observateurs y ont vu l'apparition d'un nouveau paradigme et que l'expression « police des familles » est apparue¹⁴.

La place grandissante de l'État dans la vie des citoyens, dont la régulation des comportements familiaux est sans conteste un aspect important, va évidemment susciter la crainte d'interventions abusives et arbitraires et, par conséquent, amener une redéfinition des rapports entre l'autorité publique et ses administrés. Cet ajustement se fera en grande partie autour de la notion de droits fondamentaux, laquelle connaît un développement sans précédent depuis l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948.

2. Le développement de la théorie des droits

L'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵ du Québec, en 1975, constitue l'expression directe de ce souci d'équilibrer les droits du citoyen et la puissance de l'État, entre autres dans le domaine de la vie privée. Ainsi, les articles 5, 7 et 8 de cette Charte prévoient-ils que « toute

14. Voir M. Wald, « State Intervention on Behalf of Neglected Children : A Search for Realistic Standards », (1975) 27 *Stan. L. Rev.* 983 à la p. 989 et J. Donzelot, *La Police des familles*, Paris, Minuit, 1977.

15. L.R.Q., c. C-12.

personne a droit au respect de sa vie privée», que «la demeure est inviolable» et que «nul ne peut pénétrer chez autrui ni y prendre quoi que ce soit sans son consentement exprès ou tacite». La Charte québécoise (art. 24.1) prévoit également que toute personne doit être protégée contre les saisies, perquisitions ou fouilles abusives et que nul ne peut être privé de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite (art. 24). La *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶ (art. 8 et 24) contient des dispositions analogues concernant les fouilles, saisies et perquisitions.

C'est précisément au cœur de cette mécanique des droits que se situe l'intervention en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Intervention non sollicitée, non voulue la plupart du temps, cette immixtion de l'État dans la vie privée d'un enfant et de sa famille trouve bien entendu sa justification dans le souci des autorités publiques de protéger la vie, la sûreté et l'intégrité de la personne de l'enfant, droits fondamentaux protégés aussi bien par les chartes que par les lois premières que sont le Code civil et le Code criminel.

Aussi bien intentionnée soit-elle, l'intervention de l'État en vue de la protection d'un enfant ne sera légitime qu'à certaines conditions. Comme nous l'avons vu plus haut, la Charte québécoise énonce que nul ne peut être privé de ses droits si ce n'est pour les motifs prévus par la loi et conformément à la procédure prescrite. Disposition brève, pour ne pas dire laconique, mais qui marque l'aboutissement d'un long processus historique qui, à partir de la *Petition of Right* et de l'*Habeas corpus* de l'Angleterre du XVII^e siècle, en passant par les grands penseurs de la société civile et politique que furent Locke, Montesquieu et les philosophes du Siècle des Lumières, débouche sur la mise en place de régimes constitutionnels fondés sur le respect de principes de base tels l'établissement de garanties contre l'arbitraire des puissants, l'indépendance du pouvoir judiciaire et l'égalité de tous devant la loi. Systèmes toujours perfectibles, il va sans dire, mais qui représentent un acquis indéniable des sociétés démocratiques.

16. L.R.C. (1985), App. II, no 44.

3. Les exigences de la *rule of law* et du *due process of law*

Mais revenons à la protection de la jeunesse et examinons quelles pourraient être les exigences de la *rule of law* ou du *due process of law* dans ce contexte particulier. Nous savons déjà que l'atteinte à la vie privée qui est inhérente à l'intervention de protection doit être prévue par un texte de loi, mais encore faut-il que celui-ci définisse aussi clairement que possible les situations qui donnent lieu à cette intervention pour que la norme posée par la charte ait un sens.

a) Des situations précisément et correctement formulées

Qu'en est-il de la *Loi sur la protection de la jeunesse* à cet égard? La loi actuelle énumère ces situations de façon limitative, ce qui représente déjà un progrès certain par rapport à la *Loi de la protection de la jeunesse* de 1950-1951, dont nous avons parlé plus haut. Mais suffit-il que les situations visées soient limitativement énumérées pour que la loi joue le rôle qui lui est assigné par la charte? La formulation des situations ne devrait-elle pas respecter d'autres exigences? C'est en tout cas ce que pensait, il y a quelque vingt-cinq ans, Michael Wald, alors professeur à l'Université de Stanford, dont les propositions à cet égard ont contribué à la révision d'un grand nombre de lois américaines de protection de l'enfance. Nous pensons que les standards établis par cet auteur sont encore tout à fait valables aujourd'hui.

Selon cet expert, les dispositions relatives aux situations donnant ouverture à l'intervention de l'État doivent être formulées le plus précisément possible et axées sur les préjudices subis ou les risques de préjudice spécifiques encourus par l'enfant. De plus, relativement à la négligence parentale, Michael Wald considère que l'État ne devrait intervenir de façon coercitive que dans les cas graves, c'est-à-dire ceux où l'enfant subit ou risque de subir un tort sérieux en raison des lacunes parentales. Il suggère donc que les dispositions légales pertinentes soient formulées en ce sens. Quant aux cas moins graves où, par exemple, il est impossible d'identifier un préjudice ou un risque de préjudice spécifique pour l'enfant en lien avec les carences de ses parents ou gardiens, cet auteur estime que l'État devrait s'abstenir d'intervenir de manière coercitive et se préoccuper plutôt de mettre à la disposition de ces familles des programmes

de soutien accessibles sur une base volontaire¹⁷. Nous aurons l'occasion d'examiner ces considérations plus loin.

Revenons pour le moment à notre texte législatif. Si l'on examine chacune des situations énumérées aux articles 38 et 38.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* à la lumière des critères énoncés par Michael Wald, on se rend compte que certaines formulations sont conformes à ces derniers, alors que d'autres s'en écartent sensiblement. Ainsi, certaines des situations énoncées sont axées sur le comportement parental plutôt que sur le risque encouru par l'enfant, comme le paragraphe e) de l'article 38 («s'il est gardé par une personne dont le comportement ou le mode de vie risque de créer pour lui un danger moral ou physique») ou le paragraphe c) de l'article 38.1 («si ses parents ne s'acquittent pas des obligations de soin, d'entretien et d'éducation qu'ils ont à l'égard de leur enfant ou ne s'en occupent pas de façon stable, alors qu'il est confié à un établissement ou à une famille d'accueil depuis un an»), alors que d'autres n'atteignent manifestement pas un niveau de précision suffisant pour que les intervenants sociaux ou judiciaires puissent y trouver des indications vraiment claires; c'est le cas du paragraphe d) («s'il est privé de conditions matérielles d'existence appropriées à ses besoins et aux ressources de ses parents ou de ceux qui en ont la garde») de l'article 38. D'autres situations énumérées à l'article 38.1, bien que précises dans leur formulation et axées sur l'enfant, ne font aucune référence au préjudice ou au risque de préjudice encouru par celui-ci et semblent le tenir pour acquis dans certaines circonstances : il en va ainsi des paragraphes a) («s'il quitte sans autorisation son propre foyer, une famille d'accueil ou une installation maintenue par un établissement [...] alors que sa situation n'est pas prise en charge par le directeur de la protection de la jeunesse») et b) («s'il est d'âge scolaire et ne fréquente pas l'école ou s'en absente sans raison»).

D'ailleurs, la formulation même du premier alinéa de l'article 38.1, qui laisse aux intervenants la discrétion d'agir ou de ne pas agir lorsqu'une des situations visées à cet article est établie, semble à sa face même contestable et l'on peut logiquement se demander si les situations auxquelles cet article réfère relèvent vraiment d'une loi de protection de la jeunesse au sens strict ou ne

17. M. Wald, *supra* note 14 aux pp. 1004 et 1022.

devraient pas plutôt relever de lois plus générales comme la *Loi sur l'instruction publique* ou la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*.

La formulation de dispositions conformes aux critères énoncés par Michael Wald semble difficile à atteindre. D'ailleurs, on peut noter que les dispositions équivalentes d'autres lois canadiennes de protection de la jeunesse comportent elles aussi leur part d'imprécision et de stigmatisation de comportements parentaux. Par exemple, dans la loi du Nouveau-Brunswick, l'une des situations visées est énoncée comme suit : «l'enfant vit dans un milieu inadéquat ou inapproprié»¹⁸; dans celle des Territoires du Nord-Ouest, on trouve la formulation suivante : «en raison de la négligence, de la cruauté ou de l'immoralité de la personne qui garde l'enfant, le lieu où celui-ci habite est inadéquat ou inapproprié pour lui»¹⁹. D'autres exemples du même ordre pourraient être donnés.

Cette rapide incursion dans quelques lois canadiennes n'avait pas pour but de justifier ou d'excuser les formulations contestables de la loi québécoise ni de démontrer l'impossibilité d'en arriver à des formulations rigoureuses tout en assurant la protection des enfants. Elle illustre néanmoins les difficultés reliées à la rédaction de textes qui concilient ces deux objectifs. Mais ces difficultés ne sont certainement pas insurmontables; les dispositions pertinentes de la loi de la Nouvelle-Écosse, toutes axées sur le préjudice ou le risque de préjudice encouru par l'enfant, atteignent un niveau de précision remarquable²⁰.

Cette exigence de rigueur sur le plan de la formulation peut apparaître purement formelle à première vue, et certains pourraient être tentés d'y voir une «marotte» de juriste sans rapport avec l'application concrète et quotidienne de

18. *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 et modifications subséquentes, art. 31(1)b).

19. *Child Welfare Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-6 et modifications subséquentes, art. 12(2).

20. *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5 et modifications subséquentes, art. 22; à titre d'exemple, voici un extrait de cet article :

(j) l'enfant a subi un préjudice physique en raison de la négligence chronique et grave de l'un de ses parents ou de la personne qui en a la garde, et ce parent ou gardien refuse, néglige ou est incapable de consentir à des services ou à des mesures de nature à éliminer ou à réduire ce préjudice;

(ja) il existe un risque sérieux que l'enfant subisse un préjudice physique de la nature de celui décrit au paragraphe précédent.

la loi. Il s'agirait là, à mon avis, d'une mauvaise perception des choses. En effet, la précision et la justesse des formulations retenues ne sont rien d'autre que le fondement sur lequel s'appuieront par la suite toutes les étapes de l'intervention et sans lequel le *due process* ne pourra véritablement se matérialiser.

b) Une évaluation rigoureuse des situations

La première de ces étapes est sans conteste celle de l'évaluation. Loin de moi l'idée d'entrer dans des considérations cliniques à cet égard; je laisse ce domaine aux spécialistes de la question. Je suis toutefois convaincue que l'observation et l'analyse cliniques des situations signalées au directeur de la protection de la jeunesse doivent être reliées aussi étroitement que possible aux énoncés que l'on retrouve dans la loi, afin d'assurer la rigueur et la cohérence du processus. Plus ces énoncés seront précis et centrés sur l'enfant, mieux les intervenants seront en mesure de déterminer si les situations observées entrent ou non dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et, le cas échéant, mieux ils pourront formuler des recommandations d'orientation appropriées. Surtout en matière de négligence, les formulations actuelles ne me semblent pas donner d'indications suffisantes à cet égard. Par conséquent, il y a haut risque d'écart ou de distorsion entre les informations et observations cliniques recueillies et les formulations retenues par la loi, ce qui ne facilite le travail de personne.

De surcroît, ce problème d'imprécision se pose dans le contexte de l'extrême jeunesse et donc, du manque d'expérience, d'une large proportion d'intervenants à l'évaluation. Cette situation particulière commande une rigueur accrue sur le plan de la formation et, en particulier, de l'appropriation clinique par ces intervenants des situations visées par la loi. Cette démarche serait plus aisée si ces situations étaient clarifiées. La transparence de la loi à cet égard faciliterait aussi le travail de supervision, dont la nécessité n'est plus à démontrer, surtout depuis les malheureux événements de Beaumont, que le rapport d'enquête de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a mis en lumière²¹.

21. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Le cas des enfants maltraités de Beaumont* (rapport d'enquête), 1998.

Une évaluation rigoureuse des situations ne peut que faciliter la prise de décisions appropriées d'orientation.

c) Des décisions d'orientation solidement fondées

Le *due process of law* suppose le respect de certaines conditions également en matière d'orientation, plus précisément en ce qui a trait à la décision du directeur de la protection de la jeunesse de proposer l'application de mesures volontaires à l'enfant et à sa famille ou d'acheminer le dossier à la Cour.

On sait que, depuis quelques années, le taux de «judiciarisation» des situations augmente. Entre 1993 et 1998, ce taux est passé globalement de trente-deux à quarante-six pour cent. Dans les situations où la négligence est en cause, l'augmentation du taux est encore plus spectaculaire : celui-ci est passé de vingt-huit à quarante-neuf et demi pour cent, soit du simple au double ou presque²². Les motifs qui reviennent le plus fréquemment pour expliquer ce changement radical sont au nombre de trois. D'abord, les cas se seraient considérablement alourdis et des formes de pratique défensive se seraient développées. Ensuite, depuis 1994, la *Loi sur la protection de la jeunesse* n'autorise plus le traitement d'une situation sur la base de mesures volontaires au-delà de deux ans²³; une fois ce délai écoulé, toute situation de compromission non réglée doit par conséquent être portée à l'attention de la Cour.

Cette évolution ne peut manquer d'étonner, même de décevoir au premier abord, quand on se rappelle qu'au moment de l'adoption de la loi, la «déjudiciarisation» constituait l'un des points d'appui de la réforme²⁴. L'objectif était alors de solutionner sur une base «volontaire» le plus de situations possible, compte tenu du contexte et des circonstances. Par conséquent, la difficulté consistait et consiste encore aujourd'hui à apprécier le caractère volontaire ou involontaire de l'adhésion des parents et de l'enfant, le cas échéant, aux mesures

22. Ministère de la Santé et des services sociaux, *Indicateurs repères sur l'application de la Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra* note 2.

23. L.Q. 1994, c. 35, art. 32.

24. Voir R. Joyal et M. Provost, «La loi sur la protection de la jeunesse de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur», (1993) 34 C. de D. 635.

proposées. Encore ici, le *due process* comporte un lot d'exigences : l'information complète et appropriée fournie aux personnes en cause, y compris sur leur droit de porter la situation à l'attention de la Cour, l'explication détaillée des objectifs de la démarche proposée et de ses modalités, ainsi que la capacité des personnes en cause d'assimiler ces informations et d'en apprécier le bien-fondé²⁵. En l'absence de ces conditions, il ne peut y avoir de démarche vraiment volontaire et, par conséquent, de respect du *due process* dans ce cadre particulier. La mise en œuvre de ces conditions doit par ailleurs se faire avec d'autant plus de prudence et de rigueur que les parties en cause se trouvent dans une situation d'inégalité flagrante.

Nous sommes donc en face d'un processus d'une extrême complexité mettant en scène des êtres humains confrontés à leur propre souffrance ou à la souffrance d'enfants extrêmement vulnérables, et tentant de trouver ensemble une façon de sortir de l'impasse. Tout ceci considéré, il n'y a peut-être pas lieu d'être étonné ou déçu outre mesure par l'augmentation du taux de «judiciarisation». Encore là, pour en arriver à l'équilibre souhaité par le législateur en 1977, il ne s'agit probablement pas de fixer des pourcentages ou des quotas, mais plutôt de se doter des outils appropriés pour que chaque situation soit orientée là où elle doit l'être.

Si la situation est portée à l'attention de la Cour, se pose alors le problème de la preuve de celle-ci et des motifs de la décision.

d) La preuve de la situation et les motifs de la décision

L'audition d'une demande de déclaration de compromission devant la Cour comporte en général deux étapes. À moins que les faits ne soient admis, il faut d'abord faire la preuve de la situation de compromission. Dans un second temps, il s'agit de déterminer, le cas échéant, les mesures appropriées.

25. Voir, à ce sujet, l'étude extrêmement fouillée de C. Boisclair, «L'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse», (1982) 13 R.D.U.S. 143 à la p. 157 et s.

À la première étape du processus, la preuve doit donc être faite de l'existence de l'une et/ou de l'autre des situations visées aux articles 38 et 38.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Le degré de preuve exigé ici n'est pas celui de la preuve hors de tout doute raisonnable, comme en matière criminelle, mais bien celui de la preuve prépondérante, c'est-à-dire, «celle qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence»²⁶, ce qui implique néanmoins que la preuve offerte soit sérieuse et de qualité suffisante²⁷ et que la conclusion à laquelle en arrive la Cour «(dépasse) le seuil de l'hypothèse même vraisemblable»²⁸.

Les témoins entendus ne le sont, en général, que s'ils ont une connaissance directe des faits sur lesquels ils sont interrogés. En matière de protection de la jeunesse, ce principe connaît toutefois deux exceptions. En effet, depuis 1989²⁹, la *Loi sur la protection de la jeunesse* admet, à certaines conditions, que les verbalisations faites par un enfant à une tierce personne, notamment en matière d'abus sexuel, puissent faire preuve devant la Cour, soit au moyen d'un enregistrement magnétoscopique, soit par le biais du témoignage de cette tierce personne. Cet assouplissement des règles traditionnelles, introduit à la *Loi sur la protection de la jeunesse* dans la foulée des recommandations de divers organismes et de l'admission, en matière criminelle, de déclarations extrajudiciaires d'enfants répondant à des exigences déterminées de nécessité et de fiabilité³⁰, avait évidemment pour but de favoriser la protection de l'enfant inapte à témoigner devant la Cour ou dispensé de le faire. Les témoignages indirects ainsi admis ne peuvent toutefois fonder à eux seuls une décision de déclaration de compromission; ils doivent être corroborés par d'autres éléments de preuve qui en confirment la fiabilité.

Le témoignage d'expert constitue en quelque sorte l'autre exception au principe du témoignage direct. L'expert est une personne qui possède des

26. *Protection de la jeunesse-601*, [1993] R.J.Q. 604 à la p. 609.

27. *Protection de la jeunesse- 584*, [1993] R.J.Q. 274 à la p. 280.

28. *R.C.A. Ltée c. Lumbermen's Mutual Insurance Co.*, (1948) R.D.J. 523 aux pp. 527-528 (C.A.).

29. L.Q. 1989, c. 53, art. 7 et s.

30. Voir C. Dubreuil, *Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*, Montréal, Thémis, 1991 à la p. 86.

connaissances et une expérience spécialisées et qui, après évaluation, exprime une opinion sur une situation donnée. Aussi riches et utiles soient-ils la plupart du temps, ces avis d'experts doivent être considérés avec la plus grande prudence, surtout au stade de l'adjudication, c'est-à-dire, quand il s'agit pour la Cour de décider s'il y a compromission ou non de la sécurité ou du développement d'un enfant. Le comportement de l'enfant est-il compatible ou non avec un abus sexuel? Les liens d'attachement mère-enfant apparaissent-ils sains, satisfaisants? Le comportement de l'enfant est-il symptomatique de carences affectives graves? Ces opinions, quelque bien fondées et documentées qu'elles puissent être, ne font qu'éclairer le débat et appuyer les conclusions tirées de la preuve des faits; elles ne sauraient fonder à elles seules une décision³¹.

Toutes ces précautions sur le plan de la preuve prennent place parmi les garanties fondamentales de notre système judiciaire, au même titre que le droit d'être entendu et le droit de voir porter sa cause devant un tribunal indépendant et impartial.

En matière de protection de la jeunesse, l'impossibilité pratique dans laquelle se trouvent un nombre croissant de parents de se faire représenter par un avocat, en raison notamment du resserrement des critères d'admissibilité à l'aide juridique, peut susciter des inquiétudes à cet égard. Ces personnes peuvent-elles vraiment exercer leur droit d'être entendues? Peut-être, mais à la condition que les avocats du Directeur de la protection de la jeunesse tiennent compte de cette réalité et que les juges favorisent l'expression aussi complète que possible du point de vue des parents non représentés.

Pour clore cette partie de notre exposé, nous aimerions revenir sur l'opportunité que, notamment en matière de négligence, où les énoncés de la loi sont plutôt flous, la preuve élaborée par le Directeur de la protection de la jeunesse soit centrée sur le préjudice ou le risque de préjudice encouru par l'enfant du fait de sa situation familiale et que les pièces de procédure adressées au tribunal et signifiées aux parties soient rédigées dans cette perspective.

31. Pour des considérations intéressantes sur ce point, voir *Protection de la jeunesse-916*, [1997] R.J.Q. 2639.

Enfin, cette rigueur et cette cohérence de l'ensemble du processus devraient se refléter dans le libellé des jugements rendus. Trop souvent, ceux-ci ne précisent pas quelles situations des articles 38 ou 38.1 de la loi sont à la base de la décision. Or, cette décision doit être écrite et motivée, selon la loi. Afin de donner tout son sens à cette exigence, il serait souhaitable que chaque décision rendue indique clairement ce qui, dans la situation de l'enfant, et non dans la situation du ou des parent(s), comme c'est trop souvent le cas actuellement, justifie l'intervention de l'appareil judiciaire.

Bien qu'il ne puisse être assimilé au droit criminel, le droit de la protection de la jeunesse peut donner lieu à des restrictions importantes en matière d'autorité parentale, de liberté d'agir et de circuler, de choix d'un lieu de résidence pour soi-même et ses enfants, de droit à l'intimité, etc... Comme nous l'avons vu déjà, l'objectif de protéger les enfants contre des menaces sérieuses à leur sécurité et à leur développement justifie ces atteintes; mais encore faut-il que le processus suivi pour y arriver respecte les conditions énoncées plus haut, et ce, de façon manifeste. Non seulement justice doit avoir été rendue, mais il doit clairement apparaître que tel a été le cas.

Une fois établies ces règles, dont l'application assure la régularité et la légitimité de l'intervention de protection, se pose maintenant l'immense question de la nature de cette intervention, particulièrement en matière de négligence. Vous me permettrez de vous livrer là-dessus quelques réflexions, assez impressionnistes sans doute, mais qui contribueront peut-être à clarifier les enjeux de la question.

4. La négligence, la loi et l'État. Quelques réflexions

Ce qui me frappe, d'entrée de jeu, lorsqu'il est question du «traitement» des situations de négligence, c'est que les intervenants, tant sociaux que judiciaires, y sont confrontés à des injonctions tout à fait contradictoires. Il y a d'abord l'article 4 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, selon lequel «toute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial». D'un autre côté, le concept de «stabilisation» des conditions de vie de l'enfant ou d'élaboration d'un «projet de vie» pour cet enfant trouve ces dernières années de nombreux adeptes, tant chez les

intervenants qu'au niveau gouvernemental³², et ce projet de vie ne peut la plupart du temps se concrétiser qu'à l'extérieur du milieu naturel de l'enfant.

Or, les situations de négligence sont précisément de celles qui, dans bien des cas, ne se règlent pas dans un court laps de temps mais au contraire s'étendent sur plusieurs années, supposant des interventions diverses auprès de la famille, des placements plus ou moins longs de l'enfant en famille d'accueil, et des apparitions épisodiques devant la Cour, le tout sans que la situation ne semble s'améliorer de façon tangible. Que faire dans de telles circonstances? Maintenir à tout prix le lien parental, au risque que l'enfant soit «trimballé», déçu pendant plusieurs années, possiblement brisé en bout de ligne, ou alors rompre le lien parental au risque de priver une famille de ses chances d'évoluer favorablement?

Le dilemme est d'autant plus poignant que de nombreux résultats de recherche récents ont mis en lumière les conséquences négatives pour l'enfant du manque d'affection, d'attention et de stimulation intellectuelle souvent associé à la négligence parentale et à l'instabilité de sa situation familiale³³.

Devant l'infinie diversité des situations et la complexité extrême du travail sur l'humain, aussi bien du point de vue du diagnostic que de

32. Voir, notamment, Québec, Ministère de la Santé et des services sociaux et Ministère de la Justice, *La protection de la jeunesse, plus qu'une loi : Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse*, Québec, Publications du Québec, 1992 à la p. 20; M. Saint-Antoine, *Besoins des enfants en fonction de l'élaboration d'un projet de vie*, Colloque des contentieux des Centres Jeunesse, 1995, texte inédit; V. Topalian et J. White, «Le projet de vie d'un enfant : un concept en évolution», *Développements récents en droit de la jeunesse*, Cowansville (Qc), Yvon Blais et Barreau du Québec, 1998 à la p. 115.

33. Voir, notamment, R. Shore, *Rethinking the Brain. New Insights into Early Development*, New York, Families and Work Institute, 1997; J. Charbonneau et J. Oxman-Martinez, «Les abus sexuels et la négligence : mêmes causes, mêmes effets, même traitement?» (1995) 21 *Santé mentale au Québec* 249; J. Oxman-Martinez et J. Moreau, «La chronicité des problèmes de négligence et des difficultés d'adaptation et l'impact de l'intervention psychosociale à long terme» dans J. Alary et L. S. Éthier, dir., *Actes du 3^e symposium québécois de recherche sur la famille*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1996 à la p. 231; P. K. Trickett et C. McBridge-Chang, «The Developmental Impact of Different Forms of Child Abuse and Neglect», (1995) 15 *Developmental Review* 311.

l'intervention elle-même et du pronostic, comment avoir la certitude, d'abord, de ne pas nuire à l'enfant et ensuite, de lui offrir ce qu'il y a de mieux dans les circonstances? J'ai fait référence plus haut à l'opinion de Michael Wald au sujet de la nécessité pour l'État d'énoncer clairement et correctement les situations qui justifient son intrusion dans la vie privée d'un enfant et de sa famille. Cet auteur estime également que cette intervention ne se justifie que si l'État, par l'intermédiaire de ses agents, a une solution de rechange meilleure que le *statu quo* à offrir à l'enfant; ce qui l'amène à dire que, dans chaque cas, les intervenants ne doivent pas seulement se demander si l'enfant encourt un préjudice ou un risque de préjudice sérieux en raison de sa situation familiale, mais encore si l'intervention projetée est susceptible de faire plus de bien que de mal dans les circonstances³⁴.

Au fil du temps, comme nous l'avons vu plus haut, l'État n'a cessé d'étendre ses critères et ses modes d'intervention dans la vie privée des enfants et des familles, occupant ainsi la part de régulation sociale autrefois exercée par les communautés de voisinage et les sociétés religieuses. La question se pose dorénavant de savoir jusqu'à quel degré de coercition un État désireux d'assurer le maximum de bien-être à ses enfant peut légitimement aller. La prudence est sans conteste de mise en la matière. Comme l'a écrit John Rawls dans son ouvrage célèbre intitulé *Théorie de la justice*, «(ici), le niveau absolu de réalisation, même si on pouvait le définir, n'a pas de sens. Mais, de toute façon, en tant que citoyens, nous devons rejeter le critère de perfection comme principe politique et éviter, au nom de la justice, toute estimation de la valeur relative du mode de vie de chacun»³⁵.

On me dira que, dans le contexte social et budgétaire de ces dernières années, les cas retenus en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* n'ont cessé de s'alourdir et que, par conséquent, la tentation de la perfection n'est pas vraiment à l'ordre du jour. Cela fait peu de doute, sauf que transposés dans notre domaine, les propos de John Rawls sont tout de même une invitation à ne s'attacher qu'au préjudice ou au risque de préjudice encouru par un enfant présumément «négligé», plutôt qu'au style de vie de sa famille.

34. M. Wald, *supra* note 14 aux pp. 987 et 1007.

35. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 à la p. 481.

Si ce préjudice ou ce risque de préjudice sont jugés suffisamment sérieux pour s'inscrire à l'intérieur des balises fixées par la *Loi sur la protection de la jeunesse*, l'intervention s'impose et il s'agira de déterminer par la suite dans quelle perspective elle se fera. L'objectif sera-t-il de maintenir et de renforcer le lien parental ou, au contraire, d'établir un projet de vie pour l'enfant en dehors de sa famille naturelle? Il est normal et le plus souvent souhaitable que ce choix ne se fasse pas du jour au lendemain. Le travail clinique d'observation et d'évaluation de telles situations requiert du temps. Cependant, il est clair que le choix d'une option doit être fait dans des délais qui compromettent le moins possible le développement physique, intellectuel et affectif de l'enfant et ses chances d'être intégré dans un milieu familial stable. Il n'est certes pas souhaitable qu'un dossier de cette nature traîne pendant six, sept ou huit ans, parfois plus, sans qu'une décision d'orientation n'ait été prise³⁶.

Si l'on opte pour l'établissement d'un projet de vie en dehors de la famille naturelle de l'enfant, faut-il se tourner vers l'adoption ou vers le placement à long terme dans une famille d'accueil? Tout dépend, bien entendu, de l'âge et de la situation de l'enfant et des liens qu'il a pu créer tant avec ses parents d'origine qu'avec ses parents d'accueil. Il nous semble toutefois que l'adoption de l'enfant doit être favorisée chaque fois que les circonstances s'y prêtent. Car, comme le faisait remarquer avec justesse un juge, «le fait qu'un enfant qui aurait peut-être pu être adopté ne le soit pas peut lui créer beaucoup d'inconvénients, et pour toute sa vie»³⁷. L'adoption crée en effet un lien permanent entre un enfant et ses parents adoptifs, de même qu'avec le réseau de parenté et d'amitié de ceux-ci, et favorise par le fait même un investissement affectif et social optimal de part et d'autre. La famille d'accueil, aussi sincère et motivée soit-elle, peut à tout moment se désengager vis-à-vis de l'enfant, ce qui risque de se produire, entre autres, lors des soubresauts de l'adolescence. L'enfant se retrouve alors complètement seul dans la vie; il devient un enfant de

36. Voir Cour du Québec, Chambre de la Jeunesse, nos 43-000010-924 et 43-000009-926, le 2 juin 1993, où le tribunal est saisi d'une demande de déclaration d'admissibilité à l'adoption, alors que les enfants concernées sont placées en famille d'accueil depuis huit ans et que plusieurs ordonnances de limitation et/ou d'interdiction de contacts avec la mère ont été précédemment rendues.

37. *Protection de la jeunesse*-830, (1996) R.D.F. 926 à la p. 928.

l'État, «ce monstre froid (dont) ne naît et ne naîtra jamais aucune familiarité», selon la formule percutante de Daniel Jacques³⁸.

Si, au contraire, on opte pour le maintien et le renforcement du lien parental originel de l'enfant, il faut alors établir un plan de soutien de ce lien, à plus ou moins long terme. Est-il opportun que ce plan soit «imposé» à la famille, surtout s'il s'étend sur une longue période? Autrement dit, ce genre d'intervention doit-il s'appuyer sur la *Loi sur la protection de la jeunesse*, ou ne conviendrait-il pas que les services sociaux de prévention primaire ou le milieu communautaire prennent le relais? Bien sûr, le mieux serait que ces familles puissent bénéficier de programmes appropriés sur une base volontaire, mais encore faudrait-il que ces programmes existent sur l'ensemble du territoire et que les familles en question soient prêtes à y participer, ce qui est loin d'être évident dans un cas comme dans l'autre.

Tout a été dit, ou à peu près, sur la complémentarité des services à la population, sur le «maillage» et l'«arrimage» de ces services, sur les «partenariats» à développer. Ce discours tarde toutefois à se traduire par des actions concrètes. Ceci dit, il convient néanmoins de saluer certaines initiatives locales remarquables et de souhaiter qu'elles reçoivent le soutien qu'elles méritent.

Alors, que faire devant les écueils, les contradictions, les impasses, la fatigue? Se tourner vers le ciel et lancer un appel à l'aide? On risquerait alors d'y voir apparaître un immense *HELP*, comme dans le film *Celebrity* de Woody Allen, où le ciel, en l'occurrence celui de New York, n'est plus représenté comme le recours ultime, mais de façon résolument post-moderne, comme l'écran où se projettent l'impuissance et le désarroi du pauvre humain livré à lui-même.

Miser sur nos propres forces, sur celles d'un système et d'un réseau qui en ont quand même acquis et conservé quelques-unes, clarifier et renforcer ce qui peut l'être, favoriser le développement communautaire, soutenir et valoriser

38. D. Jacques, *Les humanités passagères. Considérations philosophiques sur la culture politique québécoise*, Montréal, Boréal, 1991 aux pp. 272-273.

la fonction parentale à tous les niveaux et sur toutes les tribunes, voilà quelques éléments d'un programme d'action pour tous ceux et celles qui ont à cœur l'avenir de nos enfants.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : THE EUROPEAN UNION AND ITS CONTRIBUTION TO THE
DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Auteur(s) : Nicolaos STRAPATSAS

Revue : RDUS, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 399-424

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12306>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12306>

Page vide laissée intentionnellement.

THE EUROPEAN UNION AND ITS CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

par Nicolaos STRAPATSAS*

L'étude présente une analyse comparée de la politique du Conseil de l'Union Européenne et du Parlement Européen vis-à-vis de la Cour Pénale Internationale. Le Conseil de l'Union Européenne représente les États Membres tandis que le Parlement représente les peuples de l'Europe. Si les résolutions du Parlement Européen ne s'imposent pas au Conseil Européen, la présidence du Conseil doit consulter le Parlement sur les aspects généraux et les choix fondamentaux de la politique étrangère et de sécurité commune. En fait, le Parlement Européen semble avoir une approche plus libérale que le Conseil. L'étude présente également les positions délicates qui concernaient les États Membres de l'Union Européenne, lors de la Conférence Diplomatique de Rome. Sur certains points, la France et le Royaume-Uni protégèrent leurs intérêts particuliers en tant que membres permanents du Conseil de Sécurité des Nations Unies, ayant ainsi une influence néfaste sur l'issue de la Conférence de Rome. L'étude souligne également le rôle indirect de l'Union Européenne sur le développement de la Cour Pénale Internationale, grâce à l'appui et au financement offerts à des Organisations Non-gouvernementales ayant cette mission précise. Enfin, les développements consécutifs de la Conférence de Rome sont présentés et des perspectives de la relation entre l'Union Européenne et la Cour Pénale Internationale sont proposées.

*, LL.B. Université du Québec à Montréal. The author is presently completing an LL.M. in International Human Rights Law at the Irish Centre for Human Rights, National University of Ireland, Galway. He was awarded the *Government of Ireland Research Scholarship in the Humanities and Social Sciences* by the Irish Research Council for the Humanities and Social Sciences for the academic year 2001-2002 in order to pursue his Doctoral Studies, Ph.D. in International Human Rights Law at the Irish Centre for Human Rights.

The following essay compares and contrasts the positions of the Council and Parliament of the European Union regarding the International Criminal Court. The European Council represents the governments of the EU Member States whereas the European Parliament represents the European peoples. Although the European Council is not bound by the European Parliament's resolutions, the presidency must consult the Parliament on the main aspects and the basic choices of common foreign and security policy. Overall, the Parliament's positions appear more liberal than those of the Council. The essay highlights the controversial issues raised at the Rome Diplomatic Conference involving EU Member States. On certain key issues, France and the United Kingdom adopted attitudes clearly protective of their individual interests as permanent members of the United Nations Security Council and thus negatively affected the outcome in Rome. The essay also illustrates the European Union's indirect role in the development of the International Criminal Court through the support and funding of Non-governmental Organisations for that specific purpose. It describes developments since the Rome Conference, and outlines some future considerations regarding the relationship between the European union and the ICC.

(2002-03) 33 R.D.U.S.	<i>The European Union and its contribution to the development of the International Criminal Court</i>	401
-----------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

TABLE OF CONTENTS

Introduction	403
I. The European Council's position	405
II. The Compatibility of the Council's position with that of the European Parliament	406
III. Actions of NGO's Supported by the European Union	408
IV. The controversies at the Rome Conference	410
a) The crime of aggression	411
b) War crimes opt-out	413
c) Prohibited means and methods of warfare	414
d) The Security Council's right of deferral	416
V. Developments following the adoption of the <i>ICC Statute</i>	418
Conclusion	422

Introduction

The *Treaty on European Union*¹ created the second pillar that deals with common foreign and security policy². The five objectives of the EU CFSP are: the safeguarding of the common values, fundamental interests, independence and integrity of the Union; the strengthening of the security of the Union in all ways; the preservation of peace and the strengthening of international security; the promotion of international cooperation and, finally, the development and consolidation of democracy and the rule of law, and respect for human rights and fundamental freedoms³. The objectives set out in the *TEU* are intricately linked to the notion of conflict prevention which dates back to the Treaties establishing the European Coal and Steel Community⁴ and the European Atomic Energy Community⁵ which had the goal of using the means of production of warfare for peaceful purposes.

The Council of the European Union is presently in the process of establishing three new permanent political and military bodies in order to progressively frame a common defence policy⁶ and achieve the aforementioned objectives. The standing Political and Security Committee, the Military Committee and the Military Staff will work together in order to enforce the Union's security and defence policy⁷. The *TEU* enumerates several "tasks" that fall within this framework such as humanitarian missions, rescue tasks, peacekeeping tasks and tasks of combat in crisis management including peacemaking⁸.

-
1. EC, *Treaty on European Union*, 10 November 1997, [1997] O.J. C. 340/145 [hereinafter *TEU*]; based primarily on the *Maastricht Treaty*, 7 February 1992, 31 I.L.M. 247.
 2. Hereinafter CFSP; *TEU*, *ibid.* at Title V.
 3. *Ibid.*, art. 11 (1).
 4. *Treaty Establishing the European Coal and Steel Community*, 18 April 1951, 261 U.N.T.S. 140.
 5. *Treaty Establishing the European Atomic Energy Community (EURATOM)*, 25 March 1957, 298 U.N.T.S. 167.
 6. *TEU*, *supra* note 1, art. 17 (1).
 7. On line : Council of the European Union <<http://ue.eu.int/pesc/military/en/homeen.htm>> (date accessed : 14 December 2001).
 8. *TEU*, *supra* note 1, art. 17 (2).

The execution of said tasks by armed forces acting on behalf of the Union in armed conflicts could engage the International Criminal Court's jurisdiction over genocide, crimes against humanity and war crimes⁹. The International Criminal Court was created to bring an end to impunity and prevent the commission of the most serious breaches of International Humanitarian Law¹⁰. The principle of individual criminal responsibility for both commanders and subordinates was established at Nuremberg in order to assure that those responsible for the atrocities of World War II would be brought to justice. This was also the driving force behind the creation of the ad hoc International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda by the UN Security Council. The ICC will have a direct impact in the political decisions of the Union regarding the forms of intervention it chooses as well as the military decisions taken on the field by commanders.

Although the Statute of the International Criminal Court does not bind the European Union, it is in the Union's best interest that the treaty be ratified by all Member States in order for them to effectively have a common policy in terms of their international obligations when engaging in tasks for the Union. The degree of variance in the Member States' approach thus far may have important consequences on the Union's common foreign and security policy and its role in the prevention of armed conflicts.

Three months after the adoption of the *ICC Statute* the European Union stated that all the Member States would do their best to ratify the *ICC Statute* without delay¹¹. Presently, three years have almost passed since the Rome Diplomatic Conference and not all fifteen Member States have ratified the treaty¹².

9. *Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF.183/9, art. 5-8 [hereinafter *ICC Statute*].

10. Hereinafter IHL.

11. UN Doc., A/C.6/53/SR.9 (1998).

12. Italy, France, Belgium, Luxembourg, Spain, Germany, Austria, Finland, Denmark, Sweden and Netherlands : <<http://www.igc.org/icc/rome/html/ratify.html>> (date accessed 10 September 2001).

The following essay compares and contrasts the positions of the European Council and Parliament regarding the International Criminal Court. It illustrates the European Union's indirect role in the development of the ICC through the support and funding of Nongovernmental Organisations¹³ with that specific purpose. It highlights the controversial issues at the Rome Diplomatic Conference that involved EU Member States. On key issues, some of them adopted attitudes that clearly protected their individual interests, thus negatively affecting the outcome in Rome. Furthermore, it describes the developments since the Rome Conference. Finally, it outlines some future considerations regarding the relationship between European Union and the ICC.

I. The European Council's position

At the beginning of the Rome Diplomatic Conference, the Presidency of the European Council announced several important principles to which the Member States were committed¹⁴. It presented a "reasonable middle-of-the-road position"¹⁵ and all the principles contained therein were incorporated in the *ICC Statute*.

The Council held that the Court should be universal and effective yet be complementary to national jurisdictions. In principle it should be an independent institution yet in relationship with the United Nations. Its prosecutor should be independent from governments. Also, the crimes under its jurisdiction should include genocide, crimes against humanity and war crimes, and the crime of aggression to the extent that the Security Council's role in the maintenance of international peace and security would not be compromised. Moreover, war crimes should cover both international and internal armed conflicts as well as gender-related crimes. The Security Council should have a right of referral to the Court in situations where crimes under the Court's jurisdiction may have been committed. The Court should have the power to award reparations to victims. The Statute's sentencing provisions should not include the death penalty. Finally, the European Council stressed the importance of the establishment of

13. Hereinafter NGOs.

14. T. Van Boven, "The European Union and the International Criminal Court" (1998) 5 Maastricht J. Eur. Comp. L. 325.

15. *Ibid.* at 326.

an effective state cooperation system with the mandatory obligation to comply with requests for assistance by the Court¹⁶.

II. The Compatibility of the Council's position with that of the European Parliament

The position taken by the European Union's presidency was more conservative than the European Parliament's. Evidently, the two entities have clearly distinct points of view and concerns given the fact that the European Council represents the governments of the Members of the Union whereas the Parliament represents the European peoples. Although the Council is not bound by the Parliament's resolutions, the Presidency is supposed to consult the Parliament on the main aspects and the basic choices of common foreign and security policy and ensure that the views of the European Parliament are duly taken into consideration¹⁷. Given the fact that the ICC will have a direct bearing on soldiers acting on behalf of the EU in the context of CFSP, the European Parliament's resolutions are relevant.

In a resolution it adopted in the opening days of the Diplomatic Conference, the European Parliament, in light of its previous resolutions on the matter, spelled out its position regarding the ICC, which differed somewhat from that of the Council¹⁸.

The Parliament indicated that in order for the Court to represent "an effective complement to national judicial systems"¹⁹, it had to provide for an independent prosecutor. However, its position was more explicit in requiring that the prosecutor possess the power to initiate and conduct investigations on an own-initiative basis, thus reaffirming its earlier contention of the prosecutor

16. *Ibid.* at 326.

17. *TEU*, *supra* note 1, art. 21 (1).

18. EC, *Resolution on the International Criminal Court*, 6 July 1998, [1998] O.J. C. 210/175 at 213.

19. *Ibid.* at para. 3.

not being bound by prior consent by the State Parties²⁰. This view was shared by many delegations at Rome and eventually prevailed, being incorporated in the Statute²¹.

Regarding the crimes under the Court's jurisdiction, the Parliament held that the Court had to have universal jurisdiction over the crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes without any "state consent" requirement²². During the Preparatory Committee discussions and at the Rome Diplomatic Conference, the German delegation campaigned for the Court to have universal jurisdiction²³. Unfortunately, most of the Delegations at Rome were above all concerned with protecting their State sovereignty. As a result, the International Criminal Court has jurisdiction over crimes that either occur on the territory of a State party or are perpetrated by one of its nationals²⁴.

The Parliament also affirmed that the Court should have a "constructive" relationship with the United Nations and particularly with the Security Council, in full recognition of their respective roles and competences²⁵ (the Parliament had indicated in previous resolutions that the Court must be strong and independent and not subject to vetoes by the United Nations Security Council²⁶). Also, the Parliament's resolution stated that the Court should itself judge its competence on questions of admissibility²⁷, which was later codified in article 17 of the Statute.

Furthermore, the European Parliament reiterated its previous position²⁸, again a more progressive one with respect to that of the presidency of the European Council, in that the ICC should not only protect the victims'

20. EC, *Resolution on the International Criminal Court*, 6 April 1998, [1998] O.J. C. 104/198 at 221, para. 2; EC, *Resolution on a permanent International Criminal Court*, 20 November 1997, [1997] O.J.C. 371/169 at 208, para 2.

21. *ICC Statute*, *supra* note 9, art. 15.

22. *Resolution on the International Criminal Court*, *supra* note 18, para. 3 (a).

23. R. Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, (The Hague: Kluwer, 1999) at 132-133.

24. *ICC Statute*, *supra* note 9, art. 12.

25. *Resolution on the International Criminal Court*, *supra* note 18, para. 3 (d).

26. *Resolution on a permanent International Criminal Court*, *supra* note 20, para. 3.

27. *Resolution on the International Criminal Court*, *supra* note 20, para. 4.

28. *Ibid.*, para. 7; *Resolution on the International Criminal Court*, *supra* note 18, para. 3 (f).

interests²⁹, but as it is the case with the Statute, protect the interests of witnesses³⁰, as well as have the highest standards of respect for the rights of the accused³¹ and of the suspect³².

Finally, the Parliament stressed the importance of long-term financing of the ICC in order to ensure both the self-reliance and independence of the Court³³.

III. Actions of NGO's Supported by the European Union

The EU budget line B7-706³⁴ was created with the goal of providing technical assistance to the ICTY and ICTR, providing financial support for the preparatory work for the setting up and the functioning of the ICC as well as training the staff of the Tribunals in field of gender mainstreaming, for instance. From 1996 to 1998 it averaged 3 million euros, most of which was in support of NGO activities³⁵.

At the Rome Diplomatic Conference, there were 236 NGOs with an estimated 450 people at their disposal, and although they would not sit at the negotiation tables, they were clearly the largest delegation there³⁶. The NGO *Coalition for an International Criminal Court*³⁷ was formed in February 1995³⁸. Its members included *Amnesty International*, *Human Rights Watch*, the

29. *ICC Statute*, *supra* note 9, art. 68.

30. *Ibid.*, art. 68.

31. *Ibid.*, art. 67.

32. *Ibid.*, art. 55.

33. EC, *Resolution on the establishment of the Permanent International Criminal Court*, 28 October 1996 [1996] O.J. C. 320/132 at 194, para. 3; *Resolution on a permanent International Criminal Court*, *supra* note 20, para. 3; *Resolution on the International Criminal Court*, *supra* note 18, para. 3 (g).

34. Formerly budget line A-3041 created by the European Parliament in 1995.

35. *Report from the Commission on the Implementation of Measures Intended to Promote observance of Human Rights and Democratic Principles in External Relations for 1996-1999*, Brussels, 14.11.2000 COM (2000) 726 final at 30-31, on line : <http://europa.eu.int/comm/external_relations/human_rights/doc/com2000_0726en01.pdf>.

36. Lee, *supra* note 23 at 393.

37. Hereinafter CICC.

38. *Ibid.* at 391.

International Commission of Jurists, the *Lawyers Committee for Human Rights* and *No Peace Without Justice*³⁹, which was funded by the European Union.

The Coalition established a network of international law experts in order to take a stance regarding important legal and political issues raised by the proposed Statute⁴⁰. Moreover, the Coalition's various divisions met with representatives of governments and of the UN involved in the negotiations in order to exchange views and raise their level of awareness for instance on gender issues, the rights of victims, peace and disarmament, protection of children and matters of faith⁴¹. The Coalition also established an electronic information system tracking events and conferences around the world and listing written publications on the Court⁴².

No Peace Without Justice began campaigning in 1996 in order to set a date for the holding of the Rome Conference on the establishment of the ICC and it launched an International Appeal, which was signed by more than 30 global leaders⁴³. Ms Emma Bonino, who was at the time the European Commissioner on Humanitarian Aid, headed the entire campaign. After the UN General Assembly set the dates of the Rome Conference, NPWJ then launched in 1997 a new International Appeal demanding the establishment of the ICC by 1998 at the latest⁴⁴. In order to add to the momentum and to mobilize public opinion, it organised a series of conferences during 1997 and 1998, mostly co-chaired by Ms Bonino, in Malta, Siracusa (Italy), Montevideo (Uruguay), Atlanta, Rome, New York UN headquarters, Dakar (Senegal), and again in Rome held on the days preceeding the commencement of the Diplomatic Conference⁴⁵. It also held a series of seminars in universities and other institutions from 1996 to 1998 in Rome, New York, Palermo (Italy), Cagliari

39. Hereinafter NPWJ.

40. *Ibid.* at 392.

41. *Ibid.* at 392.

42. *Ibid.* at 392.

43. No Peace Without Justice 1999 Activities, on line : <<http://www.npwj.org/documents/brochure.pdf>> (date accessed 14 December 2001).

44. *Brussels Declaration in favour of the Establishment of the International Criminal Court in 1998*, Brussels, 26 November 1997, on line : No Peace Without Justice <<http://npwj.org/campaigns/brussels.html>> (date accessed 10 September 2001).

45. *No Peace Without Justice 1999 Activities update*, *supra* note 44 at 10-11.

(Italy), Brussels, Naples, Catania (Italy), Imola (Italy), Padova (Italy), Rome, Salamanca (Italy), New York UN headquarters and in Strasbourg⁴⁶.

Other NPWJ initiatives at the Rome Diplomatic Conference included various public addresses, a candlelight march across Rome, the publication of newspapers and newsletters⁴⁷, and the establishment of a judicial assistance programme providing legal expertise to delegations from various African and other developing countries⁴⁸.

IV. The controversies at the Rome Conference

The European Union's position on the key principles that had to be reflected in the *ICC Statute* was shared by several of the like-minded states⁴⁹ at the Conference. However, there was great divergence among the positions of the individual Member States of the Union on issues over which the Council had not pronounced itself. Although it can be argued that the issues on which the European Council does not pronounce itself are not a part of the Union's CFSP, it would be practically undesirable for the Member states to adopt contradictory positions on such important issues.

The Member States are obligated to coordinate their action at international conferences and to uphold the Union's common positions in such fora⁵⁰. For instance, both France and the United Kingdom, being permanent members of the Security Council, protected their distinct interests above all. Under the *TEU* they have the obligation to ensure the defence of the positions and interests of the Union, without prejudice to their responsibilities under the provisions of the *United Nations Charter*⁵¹. Thus, several of the provisions that were arrived at through compromise in Rome, would be deemed unsatisfactory by NGOs. The issues that directly involved the permanent Members of the Security Council regarded the crime of aggression, the war crimes opt-out

46. *Ibid.* at 12-13.

47. *Ibid.* at 9.

48. Lee, *supra* note 23 at 394.

49. Van Boven, *supra* note 14 at 326.

50. *TEU*, *supra* note 1, art. 19 (1).

51. *Ibid.*, art. 19 (2) *in fine*.

provision, prohibited means and methods of warfare and the Security Council's right of deferral.

a) The crime of aggression

Article 5 of the Rome Statute indicates that the Court has jurisdiction over genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. The inclusion of the first three crimes was undisputed⁵², yet the crime of aggression was more controversial and was dealt with separately in Rome.

The argument in favour of including of the crime of aggression in the *ICC Statute* was based primarily on the fact that the *Charter of the Nuremberg Military Tribunal* provided for what were then referred to as "crimes against peace"⁵³, and therefore not including aggression would be retrogressive and inconsistent with international law⁵⁴.

It was decided at the Preparatory Committee negotiations that the crime of aggression would be defined by a general definition containing criteria of the crime. This approach was favoured over the two alternatives which were on the one hand a general definition combined with a list of acts of aggression⁵⁵ and on the other hand no definition at all, relinquishing the matter to the Security Council in every case⁵⁶.

Of the three proposed definitions of aggression, the one put forward by Germany was the most supported during the Preparatory Committee negotiations. However, it was deemed too restrictive by some delegations at the Diplomatic Conference⁵⁷. Germany had attempted to take an objective approach in defining aggression with the most obvious criteria by focussing on the existence of an armed attack against a State's territorial or political

52. Lee, *supra* note 23 at 81.

53. *Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg*, 82 U.N.T.S. 280, art. 6 (a).

54. Lee, *supra* note 23 at 82.

55. Based on *The Definition of Aggression*, U.N. G.A. Resolution 3314, 14 December 1974, U.N. GAOR, 29th Sess., Annexes, Item, 86, A/9890 (1974).

56. Lee, *supra* note 23 at 81-82.

57. *Ibid.* at 83-84.

independence in contravention of the *Charter of the United Nations*. This definition also allowed the choice as to the object of the aggression, being the establishment of an occupation (military or otherwise), or the annexation of a territory⁵⁸.

The delegations opposed to the German proposal favoured a broader definition and wished to include firstly the deprivation of “peoples of their right to self-determination, freedom and independence”⁵⁹, and secondly “resorting to armed force to threaten or violate the sovereignty, territorial integrity or political independence of that State or the inalienable rights of those people”⁶⁰.

Moreover, all five permanent Members of the Security Council took the position that their role in determining an act of aggression as stated in the *Charter of the United Nations*⁶¹ was a *conditio sine qua non* for its inclusion in the Statute⁶².

The debate remained until the very end of the Conference⁶³ regarding the extent of the Security Council’s role in defining the crime itself and in relation to the Court’s application thereof. The Court under the *ILC Draft Statute* dealt with the crime of aggression subject to the prior determination by the Security Council of the existence of a said act. Although this option was strongly supported by all five permanent Members at Rome⁶⁴, it sparked concerns over the independence of the Court and the right to a fair trial of persons accused.

A definition to the crime of aggression was not reached at the diplomatic conference. However, the second paragraph of Article 5 states that the Court

58. *Draft Statute for the International Criminal Court Addendum, Part One*. U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998 at 16, option 3.

59. U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.37/Corr. 1, 10 July 1998, submitted by Algeria, Bahrain, Iran, Iraq, Kuwait, Lebanon, Libya, Oman, Qatar, Saudi Arabia, Sudan, Syria, Tunisia, the United Arab Emirates and Yemen.

60. *Ibid.*

61. *Charter of the United Nations*, 26 June 1945, Can. T.S. 1945 No. 7 [hereinafter *UN Charter*].

62. Lee, *supra* note 23 at 84.

63. *Ibid.* at 81-82.

64. *Ibid.* at 81.

shall exercise jurisdiction over this crime once a provision is adopted⁶⁵, defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction. Moreover, it indicates that the adopted provision “shall be consistent with the relevant provisions of the *Charter of the United Nations*”⁶⁶.

b) War crimes opt-out

The Statute permits derogation from the Court's competence over war crimes for a period of seven years⁶⁷. This provision was an alternative suggestion by the French delegation⁶⁸ to its original requirement of an opt-in provision regarding war crimes⁶⁹.

Although at first glance the opt-out provision might seem insignificant to some, it is important to stress that the war crimes contained in the Rome Statute apply to both international and internal armed conflicts⁷⁰ in particular when committed as a part of a plan or policy or as a large-scale commission of such crimes⁷¹. Also, the war crimes provisions cover a wider spectrum than crimes against humanity and genocide because they have a lengthier list of illegal acts. A war crime has less strict requirements in terms of its constituent elements in comparison to a crime against humanity for instance, which must be committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population, with knowledge of the attack⁷².

c) Prohibited means and methods of warfare

The *ICC Statute* sets a general prohibition on the employment of weapons and other methods of warfare, deemed to be violations of the laws and customs of war, applicable in international armed conflicts:

65. In accordance with art. 121 and 123.

66. *ICC Statute*, *supra* note 9, art. 5 (2).

67. *Ibid.*, art. 124; the provisions of this article shall be reviewed at the Review Conference scheduled to be held seven years after the statute comes into force.

68. Lee, *supra* note 23 at 136; Van Boven, *supra* note 14 at 327.

69. Lee, *ibid.* at 135-136; was also supported by China and India.

70. *ICC Statute*, *supra* note 9, art. 8.

71. *Ibid.*, art 8 (1).

72. *Ibid.*, art. 7 (1).

Employing weapons, projectiles and material and methods of warfare which are of the nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering of which are inherently indiscriminate in violation of international law of armed conflict, provided that such weapons, projectiles and material and methods of warfare are the subject of a comprehensive prohibition and are included in an annex to this Statute, by an amendment in accordance with the relevant provisions set forth in articles 121 and 123⁷³.

In addition, the Statute also has specific prohibitions namely on the use of poison or poisoned weapons⁷⁴, the use of asphyxiating, poisonous or other gases and all analogous liquids, materials or devices⁷⁵ and the employment of bullets which expand or flatten easily in the human body⁷⁶.

There is in effect an overlap between the general and specific prohibitions. The advantage of the general prohibition is that it covers means and methods of warfare that are not explicitly enumerated in the other provisions of Article 8, such as antipersonnel mines⁷⁷. However, this argument is moot because the means and methods of warfare outlawed by the general prohibition are the subject of a comprehensive prohibition and are to be included within an annex to the statute by an amendment. The Statute can be amended either through consensus or by a two-thirds majority when consensus cannot be reached, only seven years after it came into force⁷⁸. Also, States Parties must ratify any amendment to Articles 5, 6, 7, and 8 of the *ICC Statute* in order to be bound by it⁷⁹.

In effect, the Statute does not outlaw the employment of weapons of mass destruction because the annex does not exist. At the Rome Diplomatic

73. *Ibid.*, art. 8 (2) (b) (xx).

74. *Ibid.*, art. 8 (2) (b) (xvii).

75. *Ibid.*, art. 8 (2) (b) (xviii).

76. *Ibid.*, art. 8 (2) (b) (xix).

77. *Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction*, 18 September 1997; on line : <http://untreaty.un.org/English/millennium/law/disarmament/xxvi_5E.htm>.

78. *ICC Statute*, *supra* note 9, art. 121 (1), (3).

79. *Ibid.*, art. 121 (5).

Conference, there was much controversy over the inclusion of the use of biological and chemical weapons as well as nuclear weapons in the Statute:

[...] a no-list approach proved unacceptable, and a list including nuclear weapons likewise proved unacceptable. However, as reactions to the Bureau Proposal demonstrated, excluding nuclear weapons while listing other weapons of mass destruction was equally unacceptable. There was adamant opposition to a provision excluding the 'rich man's weapons of destruction' (nuclear weapons) while prohibiting the 'poor man's weapons of destruction' (biological and chemical weapons). It was feared that prohibiting some weapons of mass destruction while remaining silent on nuclear weapons would give tacit approval to the legality of nuclear weapons⁸⁰.

The first two types of weapons are subject to prohibitions in international law⁸¹, however there exist no worldwide international conventions prohibiting the use of nuclear weapons. There are on the other hand regional instruments that prohibit the use of such weapons⁸² as well as treaties on the non-proliferation of nuclear weapons⁸³. There is no clear evidence at present of an emerging international customary rule.

Moreover, the International Court of Justice in its *Advisory Opinion on the threat or use of nuclear weapons* stated that it could not conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or

80. Lee, *supra* note 23 at 116.

81. *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction*, UN Doc. A/Res/2826 (XXVI 1972), opened for Signature at London, Moscow and Washington, 10 April 1972; *Convention on the prohibition of the development, production, stockpiling and use of chemical weapons and on their destruction*, Paris, 13 January 1993, UN Doc. A/Res/47/39 (1992).

82. On line : Transnational Institute <<http://www.tni.org/nwzf/pages/exinwfz.htm>> (date accessed 15 December 2001); *Antarctic Treaty*, 1 December 1959; *Treaty for the Prohibition of Nuclear in Latin America*, 14 February 1967; *South Pacific Nuclear Free Zone Treaty*, 6 August 1985; *Treaty on the Southeast Asia Nuclear-Weapon-Free Zone*, 15 December 1995; *Treaty on the Nuclear-Weapon-Free Zone in Africa*, 11 April 1996; on line : <<http://www.tni.org/nukes/nwzf/exinwfz.htm>> (date accessed 8 September 2001).

83. *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, 1 July 1968.

unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake⁸⁴.

The issue was extremely sensitive for the permanent members of the Security Council as well as many members of NATO. If the *ICC Statute* were to prohibit such weapons, it might have given the entire process a fatal blow⁸⁵, and therefore, as a gesture of compromise, Article 8 (2) (b) (xx) was adopted which is very limited and certainly ineffective.

d) The Security Council's right of deferral

As mentioned above, the European Council favoured a prosecutor that would be independent from the States. In addition, it indicated that the Security Council should have a right of referral to the Court in situations where crimes under the Court's jurisdiction may have been committed. The European Parliament also wanted an independent prosecutor with the power to initiate investigations on his or her own initiative.

The ILC Draft Statute had given the Security Council three roles, namely determining acts of aggression⁸⁶, referring matters to the Court under Chapter VII of the *UN Charter*⁸⁷, and authorising the commencement of a prosecution in a situation that was already being dealt with by the Security Council under Chapter VII⁸⁸. However, during the Preparatory Committee's meetings, it was suggested that the Prosecutor should have the power to initiate investigations *proprio motu* in the event of a situation that was not referred to the Court by a State or by the Security Council⁸⁹. This option ensured the independence of the prosecutor. At Rome the debate revolved around the balance between the

84. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, [1996] I.C.J. Reports 226, decided by the Casting vote of the President.

85. Lee, *supra* note 23 at 115.

86. UN International Law Commission, *Draft Statute for an International Criminal Court*, UN GAOR, 49th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/49/10 (1994), art. 23 (2) [hereinafter *ILC Draft Statute*].

87. *Ibid.*, art. 23 (1).

88. *Ibid.*, art. 23 (3).

89. Lee, *supra* note 23 at 175-176.

political independence of the prosecutor and the protection of States Parties from an overzealous prosecutor exercising his or her functions abusively⁹⁰:

The inclusion of statutory provisions for an independent Prosecutor with powers to target situations on his or her own motion was received with concern by some but was hailed by many as a major step for in the establishment of an effective, impartial and credible Court⁹¹.

There was evidently an incompatibility on the one hand with the role of an independent Prosecutor and on the other with the Security Council's role in authorising the commencement of a prosecution in situations dealt by it under Chapter VII as set out in the *ILC Draft Statute*⁹². Any permanent Member could unilaterally prevent the commencement of a prosecution with its veto⁹³. A proposal put forward by Singapore, reversing the *Draft Statute*'s formulation, was accepted and now stands as Article 16 of the *ICC Statute*, which states:

No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions⁹⁴.

The application of this provision can conceivably impede the administration of justice by the Court given the fact that a deferral of twelve months may cause the loss of important evidence related to the commission of the crime. The rules of procedure and evidence⁹⁵ are silent on the question of interim measures in order to preserve evidence, in the case of a deferral. However, the deferral of an investigation or prosecution can only occur if a resolution is adopted under Chapter VII of the Charter namely in the occurrence

90. *Ibid.* at 176; Unlike the ICTY and ICTR, the prosecutor of the ICC is not appointed by the Security Council.

91. *Ibid.* at 188.

92. *ILC Draft Statute*, *supra* note 86, art. 23 (3).

93. Lee, *supra* note 23 at 150.

94. *ICC Statute*, *supra* note 9, art. 16.

95. Preparatory Commission for the International Criminal Court, *Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence*, 23rd Mtg., UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

of an act of aggression or a threat to international peace and security, which not only requires the approval of all five permanent Members of the Security Council but also requires a total of nine out of the fifteen votes⁹⁶.

V. Developments following the adoption of the *ICC Statute*

The European Council regulations on the development and consolidation of democracy, the rule of law and respect for human rights and fundamental freedoms⁹⁷ were created as suggested by the Comité des Sages report of 1998⁹⁸, in response to the ECJ decision of the 12 May 1998⁹⁹, implementing measures of conflict prevention, support for peace initiatives and addressing the issue of impunity¹⁰⁰, in consistency with the Union's common foreign and security policy¹⁰¹.

They provide the legal authority for preventing, resolving and dealing with the consequences of conflict, including support for establishing Ad Hoc International Criminal Tribunals and setting up a permanent International Criminal Court, as well as support and assistance for the victims of human rights

96. *UN Charter*, *supra* note 61, art 27.

97. EC, *Council Regulation (EC) No. 975/1999 of 29 April 1999 laying down the requirements for the implementation of development cooperation operations, which contribute to the general objective of developing and consolidating democracy and the rule of law and to that of respecting human rights and fundamental freedoms*, [1999] O.J. L. 130/1 [hereinafter *Council Regulation 975/1999*]; EC, *Council Regulation (EC) No. 976/1999 of 29 April 1999 laying down the requirements for the implementation of Community operations, either than those of development cooperation, which, within the framework of Community cooperation policy, contribute to the general objective of developing and consolidating democracy and the rule of law and to that of respecting human rights and fundamental freedoms in third countries*, [1999] O.J. L. 120/8 [hereinafter *Council Regulation 976/1999*].

98. Comité des Sages, *Leading by Example: A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*, Florence (Italy), European University Institute, 1998, para. 149-155.

99. *United Kingdom v. Commission of the European Communities*, C-106/96 [1998] E.C.R. I-2729.

100. *Council Regulation (EC) No. 975/1999*, *supra* note 97, Preamble para. 11; *Council Regulation (EC) No. 976/1999*, *supra* note 97, Preamble para. 11.

101. *Council Regulation (EC) No. 975/1999*, *ibid.*, Preamble para. 12; *Council Regulation (EC) No. 976/1999*, *ibid.*, Preamble para. 12.

violations¹⁰². The 1999 *European Initiative for Democracy & Human Rights* implemented and financed the five projects of B7-706, four of which included NGOs: firstly the NGO Coalition for an International Criminal Court and its work in completing the establishment of the ICC¹⁰³, secondly the International Society for Human Rights (ISHR) in raising military and civil awareness of the ICC in Eastern European Countries¹⁰⁴, thirdly the Parliamentarians for Global Action in their Parliamentary Campaign for ratification of the Statute to establish an International Criminal Court and continued support for International Criminal Tribunals for Former Yugoslavia and Rwanda¹⁰⁵, and finally the “Ratification Now!” 1999-2000 Campaign by *No Peace Without Justice* for the entry into force of the International Criminal Court¹⁰⁶.

Further initiatives of *No Peace Without Justice* include the European Intergovernmental Conference in July 2000, on the second anniversary of the adoption of the ICC, in which delegates from Member States of the Council of Europe, Intergovernmental Organisations, Ambassadors, representatives from embassies and delegates from NGOs all participated. The Intergovernmental Conference adopted the *Rome Declaration on the International Criminal Court*¹⁰⁷. Those who signed it solemnly undertake to do their utmost, both personally and on behalf of their Countries, to firstly ensure that the Court becomes operational, and secondly to have the 17th of July of every year recognised and celebrated as the World Day of International Justice. Moreover, the Conference held working sessions on the Rome Statute and its Annexes, on Europe and the Rome Statute and on the ratification and execution of the Statute¹⁰⁸.

102. Council Regulation (EC) No. 975/1999, *ibid.*, art. 2 (3) (e); Council Regulation (EC) No. 976/1999, *ibid.*, art. 2 (3) (e).

103. On line : *European Initiative for Democracy and Human Rights Compendium 2000*, <<http://europa.eu.int/comm/europeaid/reports/compendiu.pdf>> (date accessed 14 December 2001).

104. *Ibid.* at 135.

105. *Ibid.* at 136.

106. *Ibid.* at 139.

107. On line : No Peace Without Justice <http://npwj.org/campaigns/rome_conf/rome_declaration.htm> (date accessed 14 December 2001).

108. On line : No Peace Without Justice <http://npwj.org/campaigns/rome_conf/summary.htm> (date accessed 14 December 2001).

Moreover, the Coalition for an International Criminal Court has been following the discussions of the Preparatory Commission relating to the crime of aggression. The PrepCom has been dealing with several questions including the definition of the crime of aggression, the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction and the consistency of the relevant provisions with the UN Charter. There are divided opinions as to the Court's approach following the Security Council's determination of an act of aggression. Also, possible alternatives are being discussed in the case where the Security Council fails to determine in an acceptable period of time that an act of aggression has occurred. Some consider that the matter is then closed, whereas others are either of the opinion of seizing the UN General Assembly with the matter or of referring the issue to the ICJ. Furthermore, others are content with the ICC to simply proceed on its own in such a case¹⁰⁹. They all can be interpreted as alternatives that are consistent with the UN Charter, according to Article 5 of the *ICC Statute*.

The European Union has participated actively throughout the PrepCom negotiations, and has indicated its commitment to the early establishment of the ICC. It welcomed the adoption of the *Finalised Draft Elements of Crimes*¹¹⁰ and the *Finalised Rules of Procedure and Evidence*¹¹¹. It supported initiatives promoting the ratification of the Statute and offering legal assistance to countries in relation to its ratification as well as the efforts by NGOs in order to achieve the early entry into force of the Statute¹¹².

109. Preparatory Commission for the International Criminal Court, *Proceedings of the Preparatory Commission at its fifth session*, UN Doc. PCNICC/2000/L.3/Rev.1 (2000).

110. Preparatory Commission for the International Criminal Court, *Finalized draft text of the Elements of Crimes*, 23rd Mtg. U.N. Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2000).

111. Preparatory Commission for the International Criminal Court, *Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence*, *supra* note 97.

112. "The Finishing Presidency of the European Union at The Preparatory Commission for the International Criminal Court" in No Peace Without Justice, *Prep. Com. Report; General overview on the Proceedings of the 2nd session (26 July - 13 August 1999) of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court*, vol. III at 5, on line : No Peace Without Justice <<http://www.npwj.org/documents/1999-3.pdf>> (date accessed 14 December 2001); Address by the President of the Council of the European Union 54th session of the General Assembly of the United Nations, New York, 21 September 1999.

Moreover, the Council of the European Union has consistently stated in a number of its responses that most of the Member States are subject to the various legislative and/or constitutional steps in proceeding with ratification and should complete the process in the near future¹¹³.

In contrast, the European Parliament has consistently supported and congratulated the States that have ratified the *ICC Statute* and has urged the Member States of EU¹¹⁴ and the applicant countries that have not ratified the Statute to do so¹¹⁵.

Conclusion

The European Union must continue its efforts in promoting democratisation, respect for human rights and the rule of law. Both the European Council and the European Parliament have indicated that the speedy ratification of the *ICC Statute* is a priority. Thus the European Council should closely monitor the progress on this issue. However, a number of other existing measures exist that should be taken by the European Union.

113. EC, Written Question P-1597/99 by Marco Pannella (NI) to the Council, sitting of 8 September 1999, [1999] O.J. C. 27 E, 29/01/2000 at 141; EC, Written Question E-1521/00 by Michl Ebner (PPE-DE) to the Council, sitting of 15 May 2000, [2000] O.J. C. 89 E, 20/03/2001 at 47.

114. *European Parliament resolution on the ratification of the Rome Treaty to establish the permanent International Criminal Court (18/01/2001)*, based on Document No. A5-0384/2000 - Final Edition; *European Parliament resolution on the ratification of the Rome Treaty to establish the permanent International Criminal Court (16/12/1999)*, based on Document No. B5-0375/1999 - Final Edition; *European Parliament resolution on the ratification of the Statute of the International Criminal Court (06/05/1999)*, based on Document No. B4-0428/99 - Final Edition; *Resolution on the International Criminal Court (19/11/1998)*, based on Document No. C4-0297/98 - Final Edition; EC, *European Parliament resolution on support for the Geneva Conventions of 12 August 1949 and international humanitarian law*, 29 December 2000, [2000] O.J. C. 377/335 at para. 5-6; on line : <<http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/>> (date accessed 9 September 2001).

115. *European Parliament resolution on the ratification of the Rome Treaty to establish the permanent International Criminal Court (18/01/2001)*, *ibid.*

In its *Resolution on the Annual Report on International Human Rights and European Union Human Rights Policy*¹¹⁶ the European Parliament recommended that the Council, the Parliament and the Commission should jointly declare their determination to increase human rights and democratisation expenditure in the following years¹¹⁷.

Moreover, the role of the European Council's High Representative for common foreign and security policy¹¹⁸, Mr PESC, both individually and in the context of Troika¹¹⁹, is crucial for effective crisis management¹²⁰ and conflict prevention¹²¹. This would imply monitoring the state of human rights throughout the world, cooperating with organisations seeking the enhancement of human rights, promoting human rights policies as well as responding to violations¹²².

Also, the provisions of the European Council regulations on the development and consolidation of democracy, the rule of law and respect for human rights and fundamental freedoms, provide for reactive measures in emergency situations, presumably by the EU rapid reaction forces. Thus, measures are deemed to be necessary in cases where an urgent and unforeseeable need arises from the sudden suspension of the democratic process or the emergence of a state of crisis or exceptional and imminent danger affecting all or part of the population of a country and posing a grave threat to the fundamental rights and freedoms of the individual¹²³. However, coordination

116. 29 December 2000, O.J. C. 377/336.

117. *Ibid.*, para.18-22.

118. *TEU*, *supra* note 1, art. 18 (3).

119. *Ibid.*, art. 18 (4); The combined efforts of the Council, Mr PESC and the European Commission.

120. J. Solana, "Procedures for Comprehensive-Coherent Crisis Management : Reference Framework", NR: 034/00 (8 December 2000), on line : Council of the European Union <<http://ue.eu.int/solana/list.asp?bid=111>> (date accessed 14 December 2001).

121. J. Solana, "Improving the Coherence and Effectiveness of the EU Action in the Field of Conflict Prevention", NR:033/00 (8 December 2000), on line : Council of the European Union <<http://ue.eu.int/solana/list.asp?bid=111>> (date accessed 14 December 2001).

122. *Leading by Example: A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*, *supra* note 98, para. 166-174.

123. *Council Regulation (EC) No. 975/1999*, *supra* note 100, art. 14 (1); *Council Regulation (EC) No. 976/1999*, *supra* note 100, art. 15 (1).

is very important between Mr PESC and specialised agencies, such as the EU Crisis Prevention Network which seeks to gather and disseminate information about situations that are likely to develop into open conflict¹²⁴.

In effect, the European Council's interpretation of these regulations and its political willingness will determine the extent to which the Union will, for instance, intervene on humanitarian grounds in a conflict. However, the Council must ensure unity, consistency and effectiveness of action¹²⁵. Evidently the fact that the ICC will have jurisdiction over genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression will have a direct impact on the decision-making process of the EU in terms of its common foreign and security policy. However, the effective support to the ICC by the European Union is the best way for it to set an example and is the true test of determining whether the positions held weren't "euro-rhetoric".

Therefore the EU must take the initiative in the PrepCom negotiations in order for a definition of aggression to be reached, which will serve as an objective definition to evaluate alleged acts thereof, and constrict the highly political approach to the situation in the present scenario. Moreover, a definition of aggression would also be a deterrent where in some cases the crime is committed yet disguised and qualified as something else.

Beyond acting as a deterrent, the International Criminal Court will encourage States to respect and ensure respect of International Humanitarian Law. The primary obligation to prosecute violations of IHL reposes on the Member States. The Union would not be able to initiate a prosecution because it is not a State and therefore is not bound by the ICC treaty. However, situations can occur where the EU Member States would be unwilling to prosecute an individual for any reason. For example, when peacekeepers acting on behalf of EU Member States committed acts of sexual violence in Somalia and

124. EC, *Resolution on the establishment of a European Centre for Active Crisis Prevention*, 3 July 1997, O.J. C. 166 at 59.

125. *TEU*, *supra* note 1, art. 13 (3) *in fine*; See A. Clapham, "Where is the EU's Human Rights Common Foreign Policy, and How is it Manifested in Multilateral Fora?" in P. Alston, ed., *The EU and Human Rights* (Oxford, Academy of European Law, European University Institute : Oxford University, 1999) 627.

Mozambique were dismissed from the missions and although the UN requested the concerned governments to punish their soldiers, few convictions were obtained¹²⁶. Analogous situations could give the ICC jurisdiction to investigate and prosecute by virtue of the principle of complementarity¹²⁷. Rape is now an offence that can be prosecuted under crimes against humanity¹²⁸ and war crimes¹²⁹. Thus, refraining from using the war crimes opt-out becomes even more crucial.

Other actions the EU may take to respect and ensure the respect of the *ICC Statute* are in the context of cooperation with the Court. The State Parties to the Statute have the obligation to cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within its jurisdiction¹³⁰, which extends to making available procedures under their national law for all forms of cooperation specified within the Statute¹³¹, the provisional arrest¹³² and the surrender of persons to the Court¹³³ as well as the provision of information and documents¹³⁴. The Court may further request States Parties to assist it in the identification and location of persons, the execution of searches and seizures, the gathering of evidence, etc¹³⁵. Thus, the EU also has the possibility of applying economic sanctions in the context of States not respecting the ICC substantive and cooperation provisions, as it did in analogous situations regarding for instance the Former Yugoslavia¹³⁶.

126. EC, Committee in Women's Rights and Equal Opportunities, *Report on the participation of women in peaceful conflict resolution*, A5-0308/2000 at 15, O.J. C. 44/104.

127. *ICC Statute*, *supra* note 9, art. 1, 17.

128. *Ibid.* art. 7; Applicable in times of war and peace.

129. *Ibid.*, art. 8; Applicable to internal and international armed conflicts. The wording of Article 8 (2) (b) (xxii) assimilates rape to grave breaches of the Geneva Conventions within the context of an international armed conflict, something that did not exist in this form previously; see Lee, *supra* note 23 at 361-364.

130. *Ibid.*, art. 86.

131. *Ibid.*, art. 88.

132. *Ibid.*, art. 92.

133. *Ibid.*, art. 89 - 91.

134. *Ibid.*, art. 87 (2); This provision is subject to the limitations provided for in Article 72 regarding the protection of national security information.

135. *Ibid.*, art. 93 (1).

136. *Ebony Maritime SA and Loten Navigation Co. v. Prefetto della Provincia di Brindisi and others*, C-177/95 [1997] E.C.R. I-1111.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « DISCRIMINATION ET OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT EN MILIEU DE TRAVAIL SYNDIQUÉ »

Auteur(s) : Pierre BLACHE

Revue : *RDUS*, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : **427-431**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12307>

Page vide laissée intentionnellement.

**«DISCRIMINATION ET OBLIGATION
D'ACCOMMODEMENT
EN MILIEU DE TRAVAIL SYNDIQUÉ»***

par Pierre BLACHE**

Voici une monographie qui mérite un accueil enthousiaste de la part de celles et ceux qui veulent s'instruire du droit qui s'élabore à la croisée du droit à la non-discrimination et du droit des relations de travail et mieux saisir la nature et le sérieux des enjeux de ces développements.

L'auteur y aborde la question complexe de l'accommodement que requiert le respect du droit à la non-discrimination en milieu de travail syndiqué, sujet sur lequel le besoin de savoir ne cesse de croître. Ces normes, telles qu'interprétées par les tribunaux de droit commun, confèrent un droit à l'égalité réelle. Elles obligent donc employeurs et syndicats à tenir compte des identités et des situations d'individus et de minorités que l'ancien régime juridique des relations de travail leur permettait d'assujettir sans plus au règne de la majorité. Tant à l'étape de la conclusion d'une convention collective qu'au stade de son application, les gestionnaires, les appareils syndicaux et les arbitres ne peuvent ignorer l'obligation d'accommodement inhérente au droit à l'égalité découlant de textes auxquels on reconnaît un statut spécial dans l'ordre juridique. La contribution du professeur Brunelle répond d'abord au besoin de savoir qui en découle.

Mais il sait aussi, comme le lui imposait le caractère doctoral de son entreprise, révéler l'ampleur et le sens du défi que l'accommodement pose aux intervenants du milieu du travail. Ce défi apparaît considérable en raison de la distance entre une culture syndicale dominée par la règle de la majorité et l'obligation d'accommoder individus et minorités que comporte l'obligation de respecter le droit à l'égalité réelle. Mais l'origine de ce défi lui confère un caractère inévitable car l'exigence qu'il entraîne naît du passage d'une société homogène à une société pluraliste. Refuser de le relever ajouterait à la menace

*, C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001.

**, Professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

qui pèse déjà sur les organisations syndicales : la perte de pertinence. L'auteur fait alors voir que le choc dont il s'agit ne peut être surmonté que par une reconstruction substantielle du régime juridique traditionnel applicable en ce domaine. Il achève d'ailleurs son ouvrage par une série de recommandations appropriées où l'on aurait toutefois tort de chercher des recettes aux résultats assurés. Il appelle plutôt à un ensemble d'innovations institutionnelles qui permettraient une attaque systématique des problèmes en favorisant le développement d'une expertise et d'une concertation poussée entre les divers acteurs d'un monde sous le choc de l'égalité.

Le travail se divise en trois titres dont le premier, qualifié de préliminaire, est consacré au rappel des origines et de la philosophie du régime juridique des relations de travail au Québec. Celui-ci est né du souci d'instaurer des rapports égaux entre employeurs et travailleurs. L'instrument retenu pour la mise en oeuvre d'une telle politique est la négociation collective des conditions de travail. Or, comme l'auteur le fait voir, la diversification de la main-d'oeuvre met en cause peu à peu l'application sous tous azimuts de cette approche collective et rend de plus en plus difficile la constitution d'une majorité stable quand elle ne mine pas la légitimité de la perpétuation d'une acception absolue de la règle de la majorité. Ainsi écrit-il:

[...] si dans nos sociétés homogènes et plutôt intégristes d'hier, l'idéologie selon laquelle l'individu doit absolument s'effacer derrière le groupe et abdiquer ses désirs au nom du bien commun avait forte prise sur les masses ouvrières, on en retrouve de nos jours bien peu de traces. Par un extraordinaire retour de balancier, nos sociétés carburent maintenant à la valorisation de l'individu, de sa liberté et de son autonomie personnelle. Ce passage d'une société de devoirs vers une société de droits n'est pas sans conséquence sur le mouvement syndical¹.

Plus tôt, il avait souligné que le régime des relations de travail se caractérise par le fait que «[l]a règle de la majorité s'y applique dans toute sa

1. C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 aux pp. 44-45.

plénitude»². Au choc des cultures juridiques s'ajoute donc celui du droit du travail et des valeurs de la société ambiante. Dès la page 58, le lecteur a compris l'ampleur de la difficulté que soulève la mise en oeuvre du droit à l'égalité réelle dans un cadre où régnait jusqu'alors la règle de la majorité.

Le titre I constitue un exposé du droit à la non-discrimination dans les rapports collectifs de travail, lequel est construit selon une démarche comparative. La révolution égalitaire y est d'abord présentée comme un passage de l'égalité formelle à l'égalité réelle³. Et la notion de discrimination y est exposée clairement et succinctement⁴. Puis l'auteur s'arrête à marquer les contrastes entre le devoir syndical de juste représentation et son devoir d'accommodement⁵. Il se plaît alors à souligner la portée considérable du second. Son étude de l'ampleur des obligations qu'il entraîne nous vaut des développements éclairants sur la négociation d'une clause contre la discrimination⁶, sur la renonciation aux droits et son effet juridictionnel possible⁷, et sur le contrôle syndical sur la procédure de grief⁸.

Le titre II traite de l'équilibre entre les droits reconnus par la convention collective et les droits de la personne. Il comporte trois chapitres, dont le premier constitue, à mon sens, le coeur de l'étude. Pendant près de cent pages⁹ y sont précisées et comparées les limites au devoir de juste représentation et au devoir d'accommodement. Le second chapitre¹⁰ est consacré au cas du conflit entre les droits d'ancienneté et d'accommodement. Et le troisième¹¹ contient un ensemble de propositions adressées au monde syndical, qu'il appelle à jouer un rôle d'initiateur.

2. *Ibid.* à la p. 41.

3. *Ibid.* aux pp. 65-76.

4. *Ibid.* aux pp. 77-85.

5. *Ibid.* aux pp. 86-153.

6. *Ibid.* aux pp. 158-187.

7. *Ibid.* aux pp. 189-196.

8. *Ibid.* aux pp. 197-218.

9. *Ibid.* aux pp. 219-315.

10. *Ibid.* aux pp. 317-346.

11. *Ibid.* aux pp. 347-372.

Parmi les principales questions abordées dans le premier chapitre de ce dernier titre se trouve celle de savoir quand l'atteinte à la convention collective, aux droits des autres salariés, ou à d'autres lois, peut constituer une contrainte excessive qui dépasse l'obligation syndicale d'accommodement raisonnable¹². Mais c'est l'étude des mesures d'accommodement proprement dites que retient à juste titre l'auteur. Celui-ci distingue alors entre les mesures qui modifient les conditions de travail¹³ et les mesures qui modifient le travail lui-même¹⁴. Parmi ces dernières, il oppose¹⁵ celles qui touchent les fonctions essentielles¹⁶ à celles qui affectent les fonctions secondaires¹⁷, et traite de l'attribution d'un poste vacant¹⁸.

Dans le second chapitre¹⁹, l'auteur aborde le sujet fort délicat de l'équilibre entre les droits d'ancienneté et le droit à l'accommodement raisonnable par modification des fonctions. Il expose alors méticuleusement et clairement les problèmes que pose la réalisation d'un tel idéal. D'importantes divergences d'opinion se manifestent, que l'ancienneté soit affectée par l'alourdissement de la charge de travail ou la réaffectation. Et le droit se fait aussi de plus en plus flou ou incertain à ce propos. Cela n'étonne pas puisque le caractère sacré de la valeur syndicale de l'ancienneté, dont l'auteur rappelle les fondements²⁰, se trouve alors mis en cause.

Dans le dernier chapitre de son étude, le professeur Brunelle appelle les syndicats à s'investir dans le nouveau champ d'action que leur ouvre leur obligation d'accommoder raisonnablement. Ainsi y formule-t-il des suggestions précises et fort bien étayées sur des clauses d'accommodement de même que sur les types de clauses anti-discrimination à insérer dans la convention collective. Une solution équilibrée est aussi avancée en vue de réduire le contrôle syndical sur la procédure de grief en ce domaine. Enfin, à juste titre me semble-t-il,

12. *Ibid.* aux pp. 247-270.

13. *Ibid.* aux pp. 270-283.

14. *Ibid.* aux pp. 283-315.

15. *Ibid.* aux pp. 284-290.

16. *Ibid.* aux pp. 296-315.

17. *Ibid.* aux pp. 290-296.

18. *Ibid.* aux pp. 311-315.

19. *Ibid.* aux pp. 317-346.

20. *Ibid.* aux pp. 318-332.

l'auteur défend une proposition de comité d'égalité conjoint à vocation préventive. Il y voit un instrument unificateur de nature à contrer les risques de fragmentation que crée la multiplication de comités identitaires.

Dans sa conclusion, il revient sur le choc des cultures juridiques dont il a révélé l'ampleur. À ce propos, il écrit:

Partagés entre deux cultures juridiques, celle propre au droit du travail et celle, tout aussi singulière, des droits de la personne, les syndicats n'ont d'autres choix que de tisser des liens entre elles et de revoir, en conséquence, leur conception de la démocratie pour y intégrer à la fois les intérêts de la majorité et ceux de la minorité. S'ils échouent dans cette tâche, il est à craindre que l'on assiste à leur marginalisation progressive à la faveur de groupes de pression plus individualisés. En revanche, s'ils parviennent à relever ce défi considérable, ils trouveront dans la diversité des salariés l'appui et la créativité nécessaires pour continuer encore longtemps à assurer leur défense²¹.

Une fois achevée la lecture de cette excellente monographie, on est tout disposé à partager ce point de vue de l'auteur et à relire plusieurs de ses passages éclairants sur la manière de tisser les liens rendus nécessaires entre les deux cultures juridiques en cause. On ne peut donc que souhaiter qu'un ouvrage d'une telle pertinence et d'une telle qualité connaisse une large diffusion, en particulier dans les milieux qui sont immédiatement confrontés aux défis auxquels il prépare si bien.

21. *Ibid.* à la p. 382.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « L'ASSOCIATION : DU CONTRÔLE À LA LIBERTÉ? »

Auteur(s) : Sébastien LEBEL-GRENIER

Revue : *RDUS*, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : **433-443**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12308>

Page vide laissée intentionnellement.

**«L'ASSOCIATION :
DU CONTRÔLE À LA LIBERTÉ?»***

par Sébastien LEBEL-GRENIER**

Le juridique concerne beaucoup plus que la législation ou la jurisprudence; il implique nécessairement les espoirs et ambitions que nous entretenons pour le milieu dans lequel nous vivons et, par conséquent, les moyens que nous mettons à la disposition de ceux-ci. L'association est l'une des façons par laquelle nous tentons d'organiser notre vécu et le regard que porte le droit sur cette institution est certes révélateur des tensions qui animent nos sociétés.

L'ouvrage *L'association: du contrôle à la liberté* constitue premièrement les actes d'un colloque franco-qubécois portant sur les associations¹, mais présente par la même occasion un portrait, sinon bref du moins éclairant, de la situation juridique de l'association au Québec et des enjeux et débats qui en sous-tendent les formes actuelles et à venir. En fait, si cet ouvrage ne se limite pas au traitement strictement juridique de l'association, c'est que le droit positif n'exerce qu'une emprise limitée sur celle-ci, essentiellement sous forme de contraintes à l'égard de ces associations qui sont en plus étroit arrimage avec l'appareil étatique.

S'inscrit en effet en filigrane de ce recueil le fait que l'association précède nécessairement, comme réalité et comme concept, sa consécration législative. L'association représente une configuration sociale naturelle, sinon spontanée, qui désigne le regroupement d'individus autour de besoins, de préoccupations ou d'affinités communes. C'est ce fait social qui a été partiellement rapatrié par l'État à l'intérieur d'une pluralité de régimes

*. L. Jolin et G. LeBel, dir., *L'association : du contrôle à la liberté?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.

**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Nous devons préciser qu'il ne s'agit que d'actes «partiels» puisque les éditeurs ont choisi de ne publier dans ce recueil que les textes relatifs au contexte québécois ou ayant une plus grande pertinence pour celui-ci. Le colloque avait pour titre *L'association: liberté, utilité sociale et responsabilité* et fut tenu à Lyon les 30 novembre et 1^{er} décembre 2001 dans le cadre des Treizièmes entretiens du Centre Jacques-Cartier.

législatifs et réglementaires et ce sont ces associations plus spécifiquement visées par le droit étatique, qui ont l'indéniable avantage de prendre une existence plus concrète par leur intégration dans un régime qui permet de les nommer, dont traite ce recueil.

Il faut comprendre que le rôle de l'État face aux associations demeure important et tend au Québec, quant à certains types d'associations, à croître en importance. C'est dans ce contexte qu'ont lieu les débats actuels quant au rôle du droit étatique et de l'État face aux associations, débats qui reflètent la tension qui existe au sein des mouvements sociaux entre la recherche d'autonomie et la nécessité d'un rapprochement face à l'appareil étatique en vue de bénéficier de ses ressources. Ainsi, les actes du colloque, s'ils se penchent rapidement sur la nature du phénomène associatif, sont surtout centrés sur les modalités par lesquelles les associations spécifiquement reconnues par le droit positif existent et la nature de la relation qui les lie à l'État. Les associations peuvent également être utilement distinguées selon leur objet. On peut ainsi distinguer les associations constituées pour des fins d'utilité publique ou sociale des associations constituées à des fins commerciales. La deuxième catégorie, qui fait référence aux multiples incarnations de la société commerciale, fait déjà l'objet d'une abondante doctrine. Il n'en est traité qu'indirectement dans le recueil. Ce dernier vise plutôt à contribuer à une doctrine trop peu développée relativement aux associations d'utilité publique ou sociale. Il demeure bien entendu que la distinction entre ces deux types d'associations peut, à bien des égards, être particulièrement ténue, le commerce visant quelquefois des objectifs sociaux plus larges et l'utilité sociale se manifestant de temps à autre par l'appropriation communautaire de fonctions commerciales. Une certaine sensibilité à ces entrelacs est donc manifestée dans plusieurs communications, particulièrement dans celles portant sur les entreprises de l'économie sociale².

Le recueil s'ouvre toutefois sur une section plus générale portant sur la liberté d'association. Celle-ci débute par une communication³ qui vise à dresser un bref portrait de la protection conférée à l'association, avec une emphase

2. Voir la section cinq du recueil, aux pp. 111-132.

3. Lucie Lemonde, «L'impact de la conception individualiste de la liberté d'association», aux pp. 13-19.

particulière sur l'association syndicale, au Canada mais également à l'échelle internationale. Il ressort de ce texte de Lucie Lemonde que la faible reconnaissance ou protection légale accordée aux groupes intermédiaires dans nos sociétés nuit à l'épanouissement de la vie démocratique puisqu'elle empêche les plus démunis de faire valoir collectivement leurs revendications. En fait, il est implicite à son propos que la structure de nos sociétés, qui privilégie la collectivisation des capitaux et la représentation collective des intérêts économiques, implique un déséquilibre fondamental dont souffrent particulièrement les employés qui ne peuvent faire valoir collectivement leur dignité et la population en général qui doit normalement faire valoir les intérêts non économiques de ses membres par des moyens individuels ou des moyens collectifs relativement contraints. C'est donc le portrait d'une protection juridique bien incomplète et relativement partielle de la liberté d'association, au Canada et de par le monde, que dresse l'auteure.

Gérard Souci décrit ensuite⁴ les fondements fragiles sur lesquels repose la liberté d'association en France. Dans un pays où les associations non incorporées bénéficient d'une reconnaissance législative beaucoup plus généreuse qu'au Canada, il est surprenant de voir que celles-ci ne profiteraient que d'une protection constitutionnelle fort limitée et même contingente. En effet, l'auteur explique que cette protection ne découle que d'un courant jurisprudentiel dont les assises demeurent contestables⁵. C'est pourquoi Gérard Souci plaide, à l'occasion du centenaire en France de la *Loi relative au contrat d'association*, pour la consécration constitutionnelle explicite de la protection de la liberté d'association.

La deuxième section porte sur les régimes juridiques applicables à l'association et commence par une recension assez détaillée des lacunes des régimes applicables aux associations québécoises⁶. Marc-André Labrecque

4. «Pour la consécration constitutionnelle de la liberté d'association», aux pp. 21-24.

5. C'est-à-dire des principes fondamentaux découlant du préambule de la constitution française, ce qui rappelle étrangement le fondement des arrêts canadiens *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

6. Marc-André Labrecque, «Principales carences du droit québécois des associations personnifiées et présentation d'hypothèses de solution», aux pp. 27-48.

relève premièrement que celles-ci sont régies par une multiplicité de lois dont plusieurs, en particulier la partie III de la *Loi sur les compagnies*⁷, ont essentiellement été élaborées pour répondre à la réalité des sociétés par actions à l'époque de l'industrialisation du Québec. Il va sans dire que la perspective qui sous-tend ce type de législation est en très mauvaise adéquation avec les enjeux actuels du monde associatif québécois.

Selon l'auteur, les principaux défis auxquels font actuellement face ces associations sont la souplesse et le financement. Il serait en effet essentiel de donner aux associations les moyens de leurs diverses ambitions puisque leurs objectifs et modes d'opération, leur ampleur et leur structure, sont fortement variables et se rapportent à tous les secteurs de la vie sociale. Les associations peuvent poursuivre des activités plus proprement communautaires ou encore relatives à l'économie sociale tout comme elles peuvent s'investir dans des activités commerciales dans le cadre de mandats plus généraux ou plus simplement viser à solidifier une communauté d'intérêt ou d'appartenance. Malgré ces importantes différences, l'auteur constate que les régimes juridiques actuellement applicables aux associations sont particulièrement rigides, ce qui complique souvent la tâche des groupes qui désirent se donner une existence juridique. Par ailleurs, cette rigidité et les contraintes qu'elle entraîne a souvent une incidence négative sur les efforts de financement de ces groupes.

C'est en réponse à ces préoccupations que Marc-André Labrecque propose une refonte et une réforme de l'encadrement juridique des associations par la création d'un régime unifié doté d'une flexibilité suffisante pour accommoder les diverses finalités qu'elles peuvent se donner tout en assurant la protection de la société. Ainsi, il divise son propos en sous-sections traitant des changements précis qu'il avance et des raisons qui motivent les solutions proposées. Si l'approche se veut résolument pratique, elle n'en soulève pas moins d'importantes considérations théoriques, dont l'effet inhibiteur de la régulation et l'importance des associations à la construction du tissu social. C'est donc pour une rationalisation du cadre juridique en vue d'un épanouissement du monde associatif que plaide cette communication.

7. L.R.Q., c. C-38.

L'article du professeur Paul Martel⁸, s'il est motivé par des préoccupations similaires, emprunte une autre voie. Il présente premièrement une analyse comparative des deux principaux régimes applicables aux associations au Québec, soit l'association contractuelle aux termes du Code civil du Québec et l'incorporation (une forme d'association personnifiée) en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies*⁹ ou d'une loi analogue. L'auteur met ensuite en exergue les principales différences et, par ricochet, les principales difficultés qui caractérisent ces deux régimes. Au terme de son analyse, il conclut que le principal inconvénient de l'association contractuelle est la responsabilité illimitée de ses administrateurs et que celle de l'association personnifiée est la trop grande rigidité du régime applicable de même que la perte de contrôle des membres sur leur association.

En guise de réponse à ces difficultés, l'auteur propose la solution somme toute simple et originale de permettre la création d'un type intermédiaire d'association qui, à l'instar de l'association prévue par la loi de 1901 sur les associations en France, autoriserait la limitation de la responsabilité personnelle des membres et administrateurs tout en maintenant une plus grande flexibilité dans le choix des modalités associatives. Ceci pourrait être réalisé en permettant aux associations qui le désirent de se soumettre au titre «Des personnes morales» du Code civil du Québec, ce que ces associations pourraient accomplir en s'enregistrant au registre des entreprises individuelles. La solution retenue permettrait de profiter d'un régime juridique actuellement sous-utilisé, le régime applicable aux personnes morales établi par le C.c.Q., tout en apportant une solution satisfaisante aux lacunes des principaux régimes juridiques présentement applicables aux associations québécoises. Paradoxalement, cette solution n'interviendrait pas au terme d'une rationalisation de ces régimes juridiques, mais bien par l'addition d'un régime supplémentaire.

Richard Ouellet¹⁰ complète cette partie en lançant lui aussi un appel à une réforme législative, mais quant à la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes*¹¹. Il justifie cet appel par un tour d'horizon des lacunes ou limites

8. «Pour un nouveau type d'association», aux pp. 49-66.

9. *Supra* note 7.

10. «La nécessaire réforme de la *Loi sur les corporations canadiennes*», aux pp. 67-70.

11. S.R. 1970, ch. C-32.

propres au régime actuel et formule des interrogations qui devraient guider la réforme à venir.

La très brève troisième section porte sur la fiscalité. Carl Juneau¹² y présente les principales règles fiscales applicables aux associations lorsqu'elles prennent la forme d'organismes de bienfaisance. Il nous rappelle premièrement que les organismes de bienfaisance sont *a priori* exempts d'impôts mais que la réglementation fiscale a tout de même un impact considérable sur une bonne part d'entre eux par l'entremise du mécanisme d'enregistrement qui autorise ces derniers à émettre des reçus pour fins d'impôts qui donnent droit à des déductions ou des crédits. Cet avantage est particulièrement conséquent pour la plupart des organismes dont les finances dépendent de façon importante de campagnes de financement. L'enregistrement constitue cependant un privilège qui n'est accordé que lorsque l'organisme en question répond à des critères administratifs portant sur la nature de ses activités, qui doivent être charitables, et l'utilisation de ses fonds, qui doivent servir principalement à des fins de bienfaisance.

L'auteur explique que les contraintes associées au statut fiscal sont aujourd'hui contestées par plusieurs organismes qui ont vu avec le temps le financement gouvernemental sur lequel ils comptaient fondre ou devenir imprévisible. Dans plusieurs cas, c'est la survie de l'organisme qui est menacée. Dans ces circonstances, les organismes de bienfaisance plaident pour un élargissement des avantages fiscaux afin de faciliter leurs efforts de financement tout en évitant de contraindre leurs modes d'opération, surtout dans un contexte de désengagement étatique impliquant une plus grande prise en charge communautaire.

La quatrième section, portant sur la reconnaissance étatique, enchaîne en entrant dans le vif du débat portant sur les rapports que devraient entretenir l'État et les associations. Afin d'éclairer cette discussion et de mettre en lumière les fondements historiques de ces troubles rapports, Jean Gagné¹³ ouvre cette

12. «Les associations au Canada et leur réglementation par l'entremise de la *Loi de l'impôt sur le revenu*», aux pp. 73-80.

13. «La reconnaissance étatique du mouvement communautaire autonome au Québec: histoire, enjeux et perspectives», pp. 83-98.

section par une recension détaillée de l'histoire et de l'évolution des mouvements communautaires. S'il est vrai que le mouvement associatif s'est fortement développé à partir des années soixante-dix, l'auteur démontre que cette visibilité accrue masque la richesse d'un tissu associatif qui a de tout temps existé au Québec, si ce n'est sous des formes distinctes. Ainsi, les mouvements actuels sont la plupart du temps issus d'une impulsion communautaire laïque alors qu'ils étaient par le passé souvent issus des organismes religieux.

D'autre part, alors que les organismes communautaires actuels révèlent une plus grande diversité que par le passé, l'auteur explique que leurs objectifs, fonctions et surtout rapports avec l'État deviennent de plus en plus ambigus. En effet, ces organismes sont de plus en plus sollicités pour prendre le relais dans la fourniture de services sociaux dans un contexte de sous-financement chronique. Ce désengagement étatique fait en sorte que des besoins essentiels de la population ne sont plus pris en charge et qu'en contrepartie les milieux communautaires doivent s'organiser pour fournir ces services. Ceci implique des besoins financiers croissants que ces milieux ne peuvent combler à même les ressources communautaires et qu'ils cherchent donc à obtenir auprès de l'État. Ce dernier conditionne ensuite ses octrois de sorte qu'il prend en charge non seulement la façon dont ces organismes fournissent leurs services mais souvent, aussi, la nature même des objectifs qu'ils se donnent. Les organismes perdent ainsi une part importante de leur autonomie pour un financement qui demeure, somme toute, aléatoire.

Jean Gagné rappelle que cette autonomie est particulièrement importante en ce que ces organismes sont initialement créés par des citoyens pour répondre à des besoins spécifiques qui leurs sont communs. Ils émergent en harmonie avec leur contexte à titre d'accélérateurs communautaires qui permettent de solidifier des communautés, et de laboratoires sociaux qui permettent d'imaginer et d'expérimenter de nouvelles façons de construire le vécu social et de répondre aux besoins évolutifs d'une société. C'est cette imbrication au milieu qui risque d'être perdue dans le cercle vicieux décrit au paragraphe précédent. En fait, selon l'auteur, le milieu associatif devrait être considéré comme un véritable partenaire de l'État, autonome et distinct, et non un fournisseur de services à rabais.

Daniel Caron¹⁴ retrace ensuite l'évolution d'une dynamique analogue dans le large domaine du loisir. Le milieu associatif y est depuis longtemps central et, avec le développement de ce secteur et la reconnaissance de son poids économique, sera probablement appelé à y accroître son importance. Les relations de ce secteur avec l'État demeurent toutefois difficiles. Alors que ce milieu s'est développé en dehors de l'emprise étatique, l'auteur constate qu'il est de plus en plus coopté par l'État à titre de fournisseur de services à la population. La transformation du rôle de ce type d'association sous-entend nécessairement un contrôle étatique accru, notamment quant à la responsabilité de l'État de s'assurer de la bonne utilisation des fonds publics qu'il distribue, mais implique également le risque, à terme, d'une dénaturation importante de ces organismes.

Léopold Beaulieu¹⁵ ouvre la cinquième section, qui porte sur l'économie sociale, par un survol du développement et de l'état actuel de ce secteur en expansion. Quoique sujet aux tensions décrites ci-dessus, le milieu apparaît présenter l'image d'un développement plus harmonieux ou, à tout le moins, d'une meilleure synergie avec l'État. Cette synergie pourrait être attribuable à l'enracinement du mouvement dans des institutions sociales importantes, par exemple le mouvement syndical, et par sa plus grande autonomie financière, notamment en raison de son association au mouvement coopératif et de la création de fonds de placement. La meilleure préservation de l'autonomie des organismes d'économie sociale pourrait également être attribuable au fait que le mouvement se développe dans des secteurs où les gouvernements ne désirent plus intervenir directement, comme les garderies, le logement social ou le soutien à domicile. En ce sens, l'auteur présente l'économie sociale comme un secteur qui, contrairement à plusieurs autres secteurs associatifs, bénéficierait largement de l'implication de l'État à titre d'accompagnateur. L'État favoriserait ainsi l'épanouissement d'un mouvement de solidarité et de démocratisation qui n'aurait pas nécessairement vu le jour autrement.

14. «Reconnaissance et soutien étatique aux associations québécoises de loisir: vingt ans d'évolution», pp. 99-107.

15. «L'état de la situation de l'économie sociale au Québec», aux pp. 111-121.

Le professeur Louis Jolin, comme le titre de son texte l'indique¹⁶, considère ensuite si les associations peuvent légalement être considérées comme des entreprises, c'est-à-dire des entités exerçant une activité commerciale, le tout selon une approche comparatiste qui porte sur le droit québécois et le droit français. Il constate lui aussi que les régimes juridiques applicables sont souvent incohérents et posent plusieurs difficultés qui limitent la capacité des associations à fins d'utilité publique ou sociale d'exercer une activité commerciale. Si l'absence de but lucratif est centrale au concept d'association, l'auteur démontre que la poursuite d'une entreprise par une association n'est pas en principe antinomique. En fait, il plaide pour que cette possibilité soit pleinement reconnue par le législateur, particulièrement dans le contexte d'un développement accéléré de l'économie sociale. Il propose à cette fin que cette possibilité soit admise dans la législation portant sur les associations, mais qu'il soit également permis aux associations, sous certaines réserves visant à maintenir leur caractère spécifique, de lever du capital par des moyens analogues à ceux offerts aux autres formes d'entreprise. En fait, l'auteur propose ni plus ni moins que de reconnaître que le monde communautaire n'a pas nécessairement à être divorcé du monde commercial.

Le texte de clôture du professeur Georges LeBel¹⁷ recadre les enjeux soulevés par les présentations à la fois françaises et québécoises issues du colloque. Il explique que la thématique centrale est celle de la définition de la liberté, ou plutôt de l'impact que les conceptions de la liberté ont sur la définition de l'association. En fait, les actes du colloque laissent entrevoir que le monde associatif peine à se donner une conception de la liberté qui lui permette de tenir compte de sa spécificité, de rendre compte de l'autre manière de construire le social qu'il représente. Il est pris en tenailles entre une liberté comprise en des termes marchands, essentiellement économiques, et une liberté comme une mise à niveau par la fourniture générale de services étatiques. Selon l'auteur, la liberté du monde associatif serait d'un autre ordre. Elle relèverait de la recreation d'un espace de sociabilité et de démocratie par la reprise en main par les communautés de leur destin et par la revalorisation du social. Dans ce

16. «Les associations: des entreprises d'économie sociale à part entière?», aux pp. 123-132.

17. «Conclusion: du contrôle à la liberté?», aux pp. 133-141.

contexte, il demeure pour Georges LeBel un rôle important pour l'État, celui d'un partenaire qui puisse faciliter l'épanouissement du monde associatif.

Dans cet esprit, il nous apparaît que l'enjeu principal qui se dégage de l'ensemble du recueil pourrait également être compris comme celui de la reconnaissance et de l'encadrement de la relation de dépendance réciproque qui définit les rapports associations/État. L'État dépend de plus en plus des associations à titre de fournisseurs de services et la précarité de la situation financière de la plupart des associations les place dans une position de grande vulnérabilité face aux visées étatiques. C'est en définitive à une prise en compte de cette dichotomie qu'appelle ce recueil, afin de redonner aux associations cette plus grande autonomie dont dépendent leur créativité et leur enracinement dans la communauté. En contrepartie, il apparaît que l'État a plus à gagner d'un tissu associatif et d'un tissu social dynamique que d'un monde associatif coopté.

En conclusion, il nous apparaît que les actes de ce colloque constituent une contribution utile à une doctrine trop peu fournie sur les associations à fins d'utilité publique ou sociale. Les enjeux qu'ils soulèvent donnent par ailleurs ouverture à plusieurs autres thèmes qui pourraient faire l'objet de débats ultérieurs. Pourrait entre autres être abordée toute la question du financement des associations et de la nécessité de développer un plus grand sentiment philanthropique au Québec. D'autre part, la logique du désengagement étatique et son rapport avec le milieu associatif, en particulier l'utilisation de ce dernier comme pourvoyeur de services à rabais, devra nécessairement continuer de faire l'objet de débats importants. Ceci appelle par ailleurs un questionnement sur le rôle du droit et des juristes dans l'évolution de la conception des rapports sociaux et des rapports de solidarité, entre autres quant à leur contribution à la définition des rapports entre régulation, financement et détermination des finalités des associations. Enfin, et peut-être surtout, une plus grande attention devrait être portée sur la réalité de l'association comme fait social. Les associations existent et se régulent sans ou malgré l'État. Elles sont à ce titre le siège de l'émergence d'une normativité complexe et plurielle à laquelle devraient s'intéresser les juristes, si ce n'est qu'en raison de son impact sur la définition du visage de notre société. C'est d'ailleurs en raison de ce potentiel créateur que les associations constituent un laboratoire social qui nous permet de réinventer notre existence collective et de réimaginer les rapports qui nous

unissent. Ainsi, la plus grande reconnaissance de l'autonomie des associations passe probablement par une meilleure reconnaissance de leurs apports à notre vécu.